

UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ

MATEUS KÜSTER VIEIRA

ANÁLISE DE IMPACTO REGULATÓRIO NO CASO BRASILEIRO:  
PORMENORIZAÇÃO E VIABILIDADE

CURITIBA

2019

MATEUS KÜSTER VIEIRA

ANÁLISE DE IMPACTO REGULATÓRIO NO CASO BRASILEIRO:  
PORMENORIZAÇÃO E VIABILIDADE

Monografia apresentada ao curso de Direito,  
Setor de Ciências Jurídicas, da Universidade  
Federal do Paraná, como requisito à aprovação  
da disciplina de Trabalho de Conclusão de Curso  
II.

Orientador: Prof. Egon Bockmann Moreira.

CURITIBA

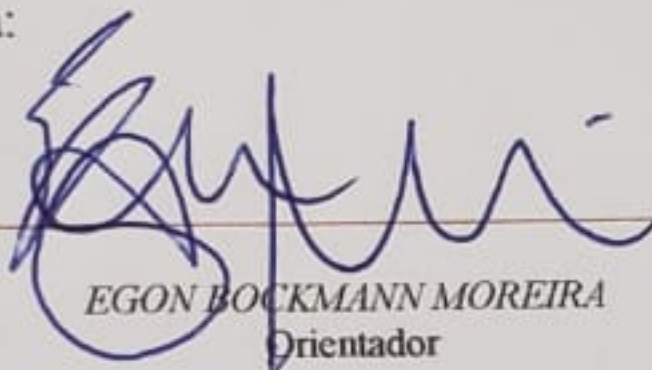
2019

## TERMO DE APROVAÇÃO

MATEUS KUSTER VIEIRA

### **ANÁLISE DE IMPACTO REGULATÓRIO NO CASO BRASILEIRO: PORMENORIZAÇÃO E VIABILIDADE**

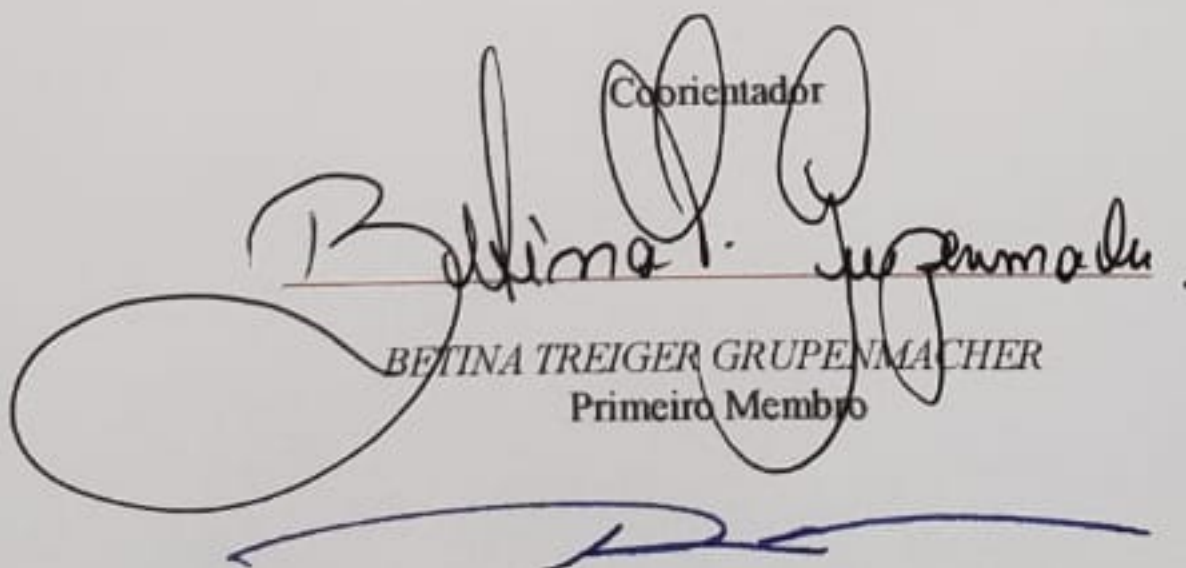
Monografia aprovada como requisito parcial para obtenção de Graduação no Curso de Direito, da Faculdade de Direito, Setor de Ciências jurídicas da Universidade Federal do Paraná, pela seguinte banca examinadora:



---

EGON BOCKMANN MOREIRA  
Orientador

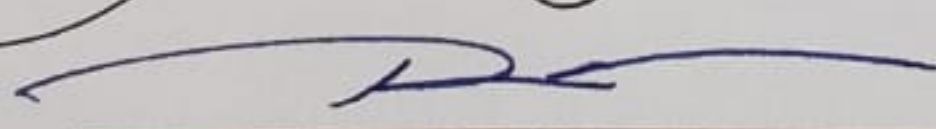
---



Coorientador

---

BETINA TREIGER GRUPENMACHER  
Primeiro Membro



---

RODRIGO LUÍS KANAYAMA  
Segundo Membro

## **RESUMO**

Este trabalho pretende incentivar o reconhecimento e a aplicação, no caso brasileiro, de uma ferramenta de melhoria de qualidade regulatória, que é a Análise de Impacto Regulatório (AIR). Introdutoriamente, faz-se considerações iniciais concernentes à regulação para que se apresente tal instrumento. Depois, é tratado dos elementos circundantes à AIR, isso de dentro do contexto político-administrativo da estrutura estatal, para aí chegar-se até o procedimento em si. Aqui, é feita uma apresentação do ciclo regulatório e, é claro, da figura da Análise nesse processo, sendo esta última explicitada e examinada seguindo-se uma lógica sistemática: com um início, meio e fim de todo o seu caminho. Por último, são tecidos comentários derradeiros acerca de sua instauração no Brasil – principalmente quanto ao tema de vinculação –, ponderando-se os aspectos mais significativos para tanto em um tom menos técnico e mais crítico. É, em suma, um trabalho que busca demonstrar de maneira organizada e esmiuçada um instrumento de aperfeiçoamento de gestão pública em geral.

Palavras-chave: Análise de Impacto Regulatório. Decisão regulatória. Gestão pública. Qualidade regulatória. Regulação.

## **ABSTRACT**

*This paper intends to encourage the recognition and application, in the Brazilian case, of a regulatory quality improvement tool, which is the Regulatory Impact Analysis (RIA). Preliminarily, introductory remarks are made about regulation to bring up this instrument. After, are dealt the surrounding elements of RIA, from within the political-administrative context of the state structure, to arrive at the procedure itself. Here, is done a presentation of the regulatory cycle and, of course, of the figure of the Analysis in this process, being this last one explained and examined following a systematic logic: with a beginning, middle and end of all its path. At last, final comments are made about its establishment in Brazil – mainly regarding the theme of binding –, pondering the most significant aspects to this end in a less technical and more critical tone. It is, in short, a work that seeks to demonstrate in an organized and detailed manner an instrument for improving public management in general.*

*Keywords: Public management. Regulation. Regulatory decision. Regulatory Impact Analysis. Regulatory quality.*

## SUMÁRIO

|           |   |           |
|-----------|---|-----------|
| <b>1</b>  | <b>INTRODUÇÃO .....</b>   | <b>7</b>  |
| <b>2</b>  | <b>O CAMINHO À AIR: TRÊS ASPECTOS ASSOCIADOS À ANÁLISE .....</b>                            | <b>11</b> |
| 2.1       | POLÍTICA PÚBLICA.....   | 11        |
| 2.2       | POLÍTICA REGULATÓRIA .....  | 12        |
| 2.3       | DECISÃO REGULATÓRIA.....  | 13        |
| 2.4       | CONTEXTO DE INSERÇÃO DA AIR.....  | 14        |
| 2.5       | REGULAÇÃO, GOVERNO E ESTADO.....  | 15        |
| <b>3</b>  | <b>ANÁLISE DA ANÁLISE: A AIR EM FOCO .....</b>  | <b>16</b> |
| 3.1       | DEFINIÇÕES E CONCEITUAÇÕES ACERCA DA ANÁLISE .....  | 16        |
| 3.2.      | O CICLO REGULATÓRIO E A AIR .....   | 18        |
| 3.3.      | ANÁLISE DE IMPACTO REGULATÓRIO EM SI .....  | 19        |
| 3.3.1     | Fase inicial: etapa inicial – problema, atores, base legal e objetivos....                  | 20        |
| 3.3.1.1   | Problema regulatório .....  | 21        |
| 3.3.1.2   | Atores envolvidos .....   | 22        |
| 3.3.1.3   | Base legal de atuação .....   | 23        |
| 3.3.1.4   | Definição de objetivos .....  | 24        |
| 3.3.2     | Fase inicial: etapa intermediária – alternativas de ação e análise em sentido estrito ..... | 25        |
| 3.3.2.1   | Alternativas de ação .....  | 25        |
| 3.3.2.2   | Análise em sentido estrito .....  | 31        |
| 3.3.2.2.1 | Análise multicritério .....   | 34        |
| 3.3.2.2.2 | Análise de custo-benefício .....  | 36        |
| 3.3.2.2.3 | Análise de custo-efetividade.....   | 40        |
| 3.3.2.2.4 | Análise de custo .....  | 43        |
| 3.3.2.2.5 | Análise de risco .....  | 44        |
| 3.3.2.2.6 | Análise de risco-risco .....  | 45        |
| 3.3.3.    | Fase inicial: etapa final – Relatório de AIR, consulta pública e sugestão de medida.....    | 46        |
| 3.3.3.1   | Relatório de AIR .....  | 46        |
| 3.3.3.2   | Consulta pública .....  | 48        |
| 3.3.3.3   | Sugestão de medida regulatória.....   | 49        |
| 3.3.4     | Fase intermediária: implementação da medida .....   | 50        |
| 3.3.5     | Fase final: fiscalização e monitoramento da medida e análise de resultado regulatório.....  | 51        |

|          |                                   |           |
|----------|-----------------------------------|-----------|
| <b>4</b> | <b>CONSIDERAÇÕES FINAIS .....</b> | <b>54</b> |
|          | <b>REFERÊNCIAS .....</b>          | <b>60</b> |

## 1. INTRODUÇÃO

O direito é, ou ao menos pretende ser, um reflexo do mundo. Isso porque é produto das relações e concatenações tecidas no mesmo. Em outras palavras, tudo aquilo que foi e ainda é construído em uma sociedade geralmente implica uma correspondência em certa medida no universo jurídico.

O direito, contudo, não é apenas um reflexo dessa realidade, pois não é mero resultado das construções socioculturais. Também pode ser instrumento no sentido de se aperfeiçoar essas mesmas construções. Como meio, o arcabouço jurídico tem a possibilidade de servir de orientação para a melhoria, para a evolução em um sentido favorável. É claro que sendo mal utilizado, pode vir a ser negativo, mas é importante ater-se ao viés positivo e profícuo das coisas em geral, o que assim será feito.

Seguindo essa linha, percebe-se que existem certos aspectos nos quais a sociedade não encontra, por si só, uma solução que potencialize determinado âmbito. Um exemplo pode tornar essa abstração algo mais palpável. A experiência capitalista, proeminente no planeta todo, mostra que talvez um país com mercado totalmente irrestrito talvez não seja a escolha mais devida: é preciso, e isso varia de uma nação a outra, que haja uma interferência em certo nível pelo Estado nessa questão.

O Brasil, nesse sentido, adota uma postura em certo nível “aristotélica” quanto ao regime adotado, pois ao mesmo tempo que traz em sua Constituição o regime de economia de mercado, com noções tais como livre iniciativa e livre concorrência, também deixa de maneira clara a existência de certos compromissos compatíveis com um Estado social. Sobre isso, Rocha (2010, p. 17, *apud* BLANCHET; BUBNIAK, 2017, p. 4) aduz que a Constituição Brasileira não é neutra no que concerne à sua ordem econômica, porém isso não quer dizer que a experiência brasileira seja dotada de um sistema econômico puro. Pelo contrário, há uma fusão de aspectos diversos.

Ocorre que nem sempre foi assim. O Estado no Brasil, assim como em outras localidades, assumiu diversos papéis em sua caminhada histórica. Em sua concepção originária, por exemplo, tinha caráter puramente administrativo, sendo omissivo no âmbito privado. Mais tarde, na primeira metade do século XX, com o reconhecimento da subjetividade em relações de âmbito administrativo, passa-se a



adotar uma nova forma: agora tem caráter social, sendo possível a intervenção no domínio privado em prol do bem-estar. Anos depois, não apenas se passa a intervir como a agir: era o alvorecer do aspecto empresarial. Mais além, diante das circunstâncias históricas do país, o Estado acaba por deixar seu espírito empreendedor em um segundo plano, exsurto, então, os aspectos regulador<sup>1</sup> e garantidor – que, posteriormente, vieram a se mesclar a uma preocupação de cunho ambiental, a qual cada vez mais se faz evidente (MOREIRA, 2017, p. 156-173).

Assim sendo, como produto de um Estado que foi encontrando seu contexto de existência e atuação com o tempo, há atualmente previsões constitucionais que permitem a intervenção do Estado em certos âmbitos da ordem econômica, porém encontrando seus limites nas próprias disposições da Carta Magna (BLANCHET; BUBNIAK, 2017, p. 5).

Aqui, político e jurídico confundem-se e misturam-se um pouco, porém o que importa destacar é um dos corolários dessa relação: a regulação. É ela que vai dar a sustentação primordial para os setores que merecem uma especial atenção, fazendo o que Marques Neto (2009, p. 29-30) definiu como o engate dos sistemas jurídico e político com os sistemas econômico e social, tendo a atividade regulatória justamente um papel integrativo nesse ambiente de sistemas e subsistemas.

Mais que isso, a regulação tem também função alternativa e complementar à normatividade. A alternatividade reside no fato de que se traz influências do sistema político em setores do sistema econômico, até porque a regulação, considerando a existência de subsistemas regulados, têm sua razão de ser no contexto de agilidade, eficiência e legitimidade necessárias para acompanhar as mudanças na sociedade e na economia (coisa que um sistema jurídico centralizado e unitário não é tão capaz de realizar). Já a complementaridade dá-se porque não se exclui a importância dos sistemas jurídico e político ao se falar da ponte com os sistemas econômico e social, assim como cada subsistema regulatório engata-se à sua maneira a esses sistemas (MARQUES NETO, 2009, p. 30-34).

---

<sup>1</sup> Sobre isso, fala-se da influência da Escola de Chicago para o que se caracterizou como neoliberalismo de regulação, o qual representaria um “retorno” aos ideais liberais do *laissez faire*, porém com novos contornos, pois essa saída do Estado do domínio econômico não ocorreu propriamente: instaurou-se, de acordo com Clark (2009, p. 65-66), uma técnica de intervenção do Estado na vida socioeconômica dos indivíduos diante das modificações ocasionadas pelo capitalismo contemporâneo. No Brasil, em específico, a implementação dessa concepção deu-se, na prática, com o “Plano Real” (CLARK, 2009, p. 69).

Ocorre que nem sempre a regulação é realizada da melhor maneira possível: muitas das vezes, pode até haver uma melhora no setor, mas sem alcançar ganhos tão significativos, contrariando-se, então, a anteriormente citada ideia de potencialização. Por essa razão de otimização, é de importância basilar que se tenha meios de controlar essa regulação a fim de orientá-la ao seu pleno potencial.

Se a falta da presença estatal é solo fértil para germinar diversas falhas de mercado, a exemplo dos monopólios, das externalidades e das assimetrias de informação, uma presença exacerbada da mesma pode propiciar o aparecimento de problemas de outra ordem – as falhas de governo, dentro das quais se pode citar a teoria da captura, o paternalismo estatal e a asfixia regulatória (OLIVEIRA, 2015, p.139-140).

A regulação, contudo, não deve ser visualizada de maneira restrita, como se fosse mero assegurador do equilíbrio interno do setor sobre o qual a mesma incide. Marques Neto (2003, p. 14) traz a possibilidade de que pela atuação regulatória sejam inseridos objetivos de ordem geral – que estejam em consonância com os princípios da ordem econômica brasileira do art. 170 da Constituição – os quais não seriam, de maneira natural, cumpridos pela livre iniciativa dos agentes. Justen Filho (2002, p. 24-25) segue em igual linha ao afirmar que o mercado não é capaz de estabelecer todos os fins possíveis dentro da realização da atividade econômica, por isso que se fala em uma regulação que se volte à concretização de certos valores de caráter político ou social. Por isso, além de estabilizador, há de se considerar um aspecto redistributivo dentro do âmbito regulatório. Este, porém, deve estar pautado dentro das capacidades daquele – pela mediação de interesses e pela busca de equilíbrio interno (MARQUES NETO, 2003, p. 15).

Marques Neto, em outra oportunidade, chegou também a tratar dessa mesma temática, tendo conclusões similares aos autores citados logo acima. Expõe o autor (2009, p. 28-29), novamente, o mote de equilíbrio da regulação, em oposição à ideia de unilateralidade da ação estatal, com a composição tanto de interesses específicos quanto gerais. Há, nesse contexto, uma mudança no modo de exercício da autoridade estatal, passando-se da verticalidade – de caráter impositivo –, à horizontalidade – de caráter predominantemente negocial, de concessões mútuas entre poder público e os particulares.

De qualquer modo, seguindo-se a linha da necessidade de uma harmonização é que se fala em índices e mecanismos que venham a avaliar e melhorar a qualidade regulatória. Isso porque a concretização dos interesses públicos estatais, assim como os da governança regulatória (OLIVEIRA, 2015, p. 259), está estreitamente associada a uma boa regulação, que contempla aspectos fundamentais como a efetividade e a eficiência – as decisões tomadas almejando-se atingir determinados objetivos com o menor custo no geral (KIRKPATRICK; PARKER, 2007, p. 2).

Para tanto, traz-se à tona a chamada Análise de Impacto Regulatório (AIR), também conhecida na doutrina como *Regulatory Impact Assessment* ou *Manifestación de Impacto Regulatorio* (OLIVEIRA, 2015, p. 259), a qual pode ser preliminarmente definida como uma ferramenta associada a uma nova ou já existente regulação, com o intuito de que se avalie seus custos, benefícios e efeitos (OCDE, 2008a, p. 14). É ainda algo genérico e simplório, porém já dá certos contornos de especificidade ao que será tratado adiante.

Por mais que seja relativamente nova – do último terço do século XX, entrando em maior evidência em sua última década –, a Análise de Impacto Regulatório não traz nada muito mirabolante nem muito inovativo. Utiliza-se de uma lógica de caráter utilitarista, sendo algo compatível com as noções da teoria de análise econômica do direito (MENDONÇA, 2010).

Cumprе informar, no entanto, que a Análise de Impacto Regulatório está além de ser um mero instrumento de eficiência, cujo aspecto mostra-se com mais evidência. Por conseguinte, há que se falar também em outros, a exemplo da legitimidade, da transparência e da responsabilidade para as decisões regulatórias (VALENTE, 2010, p. 30). A governança regulatória encontra suporte justamente em tais aspectos (OLIVEIRA, 2015, p. 259), além da supracitada eficiência, o que mostra a relevância de uma ferramenta desse porte.

O que se pretende com o presente trabalho é contextualizar o ambiente de inserção desse aparato, explicitando e explicando o que está em seu entorno, para aí seguir-se a uma apresentação mais minuciosa do mesmo – o qual está em um estágio inicial no Brasil em comparação a outros países. Juntamente a isso, serão trazidas considerações mais críticas sobre essa sistemática, além de, finalmente, questionar a viabilidade para sua implementação no país, apontando possíveis aspectos e posturas para tanto.

## **2. O CAMINHO À AIR: TRÊS ASPECTOS ASSOCIADOS À ANÁLISE**

A Análise de Impacto Regulatório, doravante apenas referida como AIR ou Análise, não teve seu surgimento sem que houvesse um contexto que a justificasse, obviamente. É um instrumento que foi originado considerando-se um trio de aspectos político-jurídicos: as políticas públicas, as políticas regulatórias e, por fim, as decisões regulatórias.

Esses aspectos, os quais serão analisados oportunamente, um a um, são precedidos do denominado interesse público, uma abstração pura que orienta a ação tanto dos personagens do jogo político quanto dos responsáveis reguladores dentro do âmbito da Administração Pública. A intervenção estatal, desse modo, tem como pressuposto o atingimento dessas abstrações – reveladas por meio dos chamados interesses de Estado-nação –, as quais acabam se sobrepondo aos interesses privados (MARQUES NETO, 2003, p. 9-10).

É a partir do interesse público que advirá a política pública. Esta, por sua vez, serve de parâmetro para que seja elaborada uma política regulatória. Finalmente, tem-se a decisão regulatória, que é o produto da ação do agente regulador tendo por base o disposto supra.

Considerando o embasamento teórico fornecido, o objeto sobre o qual a AIR debruça-se, conforme Valente (2010, p. 71), seria aquela “decisão regulatória como manifestação da política regulatória emanada dos agentes reguladores de cada setor com vista a introduzir as agendas de interesse geral contidas nas políticas públicas”.

### **2.1. POLÍTICA PÚBLICA**

De maneira sucinta, pode-se afirmar que a política pública seria todo um conglomerado de idealizações e ações governamentais voltadas à persecução de um ou mais interesses gerais do país, mesmo que direcionada a um setor em específico (VALENTE, 2010, p. 72). É, portanto, a transformação da abstração pura – o interesse público – em algo mais concreto, porque agora tem suas fronteiras definidas e delineadas, porém ainda abstrato por não estar associado à prática social efetiva.

Pode ser dividida em políticas de Estado, as quais são aquelas definidas em lei (pela atuação do Legislativo e do Executivo) e que demonstram a mentalidade de um dado contexto histórico, e políticas de governo, que nada mais são que a forma de expressão concreta dos objetivos de um determinado governante. As últimas estão adstritas às primeiras, sendo ambas componentes das políticas públicas (MARQUES NETO, 2003, p. 38-39).

É elaborada por um agente político (VALENTE, 2010, p. 72), que é eleito e que cujas preocupações ultrapassam as noções de especificidade, até porque é da natureza da posição que ocupa essa amplitude funcional. Essa elaboração pressupõe a presença de critérios de eficiência, tais como o ótimo de Pareto – no qual o aumento de bem-estar de um não pode implicar diminuição do de outrem – ou o critério Kaldor-Hicks – em que os benefícios de um devem superar as perdas de outrem, isso por meio de uma minimização destas em função do aspecto compensatório entre partes (COUTINHO, 2014, p. 25). Esse último, inclusive, tem aplicação de base para análises de custo-benefício, o que já evidencia um ponto de convergência entre política pública e AIR.

No que concerne à relação entre agente regulador e política pública, essa última opera como um fundamento de validade do primeiro (VALENTE, 2010, p. 72). Dessa maneira, ao estabelecerem diretrizes gerais legais por meio de uma política pública, limita-se o poder discricionário desse agente, ficando vinculado ao que tenha sido definido. Fica evidente aqui uma das manifestações do princípio da legalidade, que é de importância fundamental ao direito administrativo.

Esse é o primeiro aspecto associado à AIR, uma vez que é a política pública o alicerce inicial sobre o qual, então, a AIR construirá suas bases de existência e de legitimidade.

## 2.2. POLÍTICA REGULATÓRIA

A política regulatória, a seu turno, diferencia-se da política pública. Ela está associada a um interesse pontual de um setor, além de ser proveniente de um agente administrativo cujas preocupações são das atividades que são reguladas pelo mesmo (VALENTE, 2010, p. 72). É a utilização de instrumentos de regulação com o escopo de se atingir aquilo que fora pautado anteriormente, em sede de política pública, para uma área do mercado (MARQUES NETO, 2003, p. 39).

Desse modo, percebe-se maiores tons de especificidade existentes na política regulatória, coisa esta que não ocorre propriamente com a política pública. Ademais, o ponto crucial que as diferenciam entre si é que, na realidade, uma deriva da outra. Explica-se.

A política pública é expressão mais “concreta” do interesse público, como visto anteriormente. Ela, porém, ainda é algo abstrato, pois tem caráter generalista e não se aproxima da realidade social. Aqui entra a política regulatória, pois está associada a algo tanto específico quanto efetivamente do contexto vivenciado, já que existe um interesse mais pontual e a presença do responsável pela regulação.

Se a política regulatória contribui para a concretização palpável dos objetivos pré-definidos da política pública (VALENTE, 2010, p. 72), esta é, em contrapartida, o aspecto limitador fundamental daquela. É que a atuação do agente administrativo está circunscrita aos parâmetros definidos pelos agente político. Em outras palavras, a moldura elaborada na política pública deve ser utilizada para a produção da política regulatória, estando a atuação do agente regulador adstrita a essas determinações.

Assim sendo, reitera-se o papel do princípio da legalidade ao se demonstrar a dependência e a complementaridade – isso pela implementação da política pública pelo manejo da política regulatória – (MARQUES NETO, 2003, p. 39) entre essas duas noções, sendo a política regulatória uma manifestação não amplamente discricionária do agente. Marques Neto (2006, p. 87), no entanto, atenta-se para o outro lado dessa temática ao trazer a possibilidade de a atuação regulatória tornar-se mero instrumento do jogo político, uma vez que estaria o agente vinculado às decisões feitas em âmbito governamental. Por conseguinte, afirma o autor (2003, p. 31) a necessidade de haver o desenvolvimento da atividade regulatória com independência do poder político, com um órgão regulador próprio.

### 2.3. DECISÃO REGULATÓRIA

A seu turno, a decisão regulatória nada mais é que a expressão prática daquilo que o responsável pela regulação definiu tendo em vista as circunstâncias que evidenciou no caso concreto, sendo norteador pelas determinações a níveis de política pública e de política regulatória.

Por ser decorrente de uma autoridade da Administração Pública, a decisão é tida como uma espécie de ato administrativo, o qual seria a ideia do exercício das prerrogativas estatais para dar efetivo cumprimento à lei, sendo passível de controle de legalidade pelo órgão jurisdicional. É, assim sendo, uma manifestação somada a providências jurídicas, de modo complementar à legislação, para que esta última seja devidamente respeitada e concretizada (BANDEIRA DE MELLO, 2004, p. 352, *apud* VALENTE, 2010, p. 71).

Novamente, agora em seu nível mais específico – que é a decisão regulatória em si –, percebe-se a incidência do princípio da legalidade com o intuito de ordenar todo o âmbito administrativo.

Sendo assim, essa tomada de decisão é o momento final dessa cadeia que se inicia com o interesse público a ser “transformado” em política pública, que, por sua vez, sofre um “refinamento” de especificidade para uma política regulatória, a qual, finalmente, é transmitida pela expressão decisória emanada da autoridade administrativa.

#### 2.4. CONTEXTO DE INSERÇÃO DA AIR

Isto posto, faz-se o seguinte questionamento: onde é que a AIR encontra seu espaço de desenvolvimento dentro de toda essa trama?

Para responder isso satisfatoriamente, é preciso, em um primeiro momento, compreender a razão de ser dessa ferramenta. Quando se fala em uma Análise de Impacto Regulatório, trata-se de um exame sobre o que efetivamente virá trazer algum impacto sobre a realidade, qual seja, a decisão regulatória. Dessa maneira, não se associa propriamente à política pública nem à política regulatória, porém, sim, àquilo que é manifestado pelo agente.

Se a AIR recai sobre a decisão, poderá ela ocorrer em dois momentos: um posterior à decisão, monitorando-a e fiscalizando-a, ou anteriormente, de modo a servir como base técnica para a mesma. A avaliação *ex post* estaria relacionada meramente à verificação da eficiência da medida regulatória no setor, enquanto a *ex ante* traria isso somado a uma orientação para que seja tomada a melhor decisão dentre as possíveis (VALENTE, 2010, p. 76).

Considerando-se essas duas possibilidades, fica evidente que o potencial da AIR é mais bem explorado se não houver sido realizado o ato decisório por parte

do agente, já que esse instrumento tem por objetivo justamente o auxílio para esse momento ao prover ao responsável todo um conjunto de informações acerca do caso em questão.

Dessa maneira, a despeito da avaliação *ex post* ainda ter seu valor, o espaço de melhor desenvolvimento da AIR não é quando da tomada de decisão, mas logo antes de se fazê-la. Inclusive, segundo a OCDE (DEIGHTON-SMITH, 1997, p. 213), isso é determinante em termos de qualidade de análise, já que um bom *timing* – isto é, em caráter *ex ante* – na sua aplicação propicia uma maior capacidade de influência da avaliação para os futuros atos decisórios.

## 2.5. REGULAÇÃO, GOVERNO E ESTADO

Da maneira que foi colocada, a Análise poderia ser interpretada como uma ferramenta com um viés político, uma vez que a decisão regulatória associada à AIR estaria condicionada pela política regulatória, que, a seu turno, teria estreita relação com a política pública.

Ocorre que regular e governar certamente não significam a mesma coisa. Enquanto esta é realizada pelo governo, aquela é efetuada pelo Estado em si. As agências reguladoras, dado o seu caráter de independência, não têm envolvimento necessário com as relações de poder de determinado governo.

O princípio democrático, inclusive, é o que baliza a não interferência dos governantes sobre as entidades regulatórias. A democracia pode até ter os elegidos para buscarem às suas maneiras a melhor administração do país, porém isso não significa que toda a máquina estatal se submeterá a eles (MARQUES NETO, 2003, p. 36). O Estado, como figura abstrata e duradoura, está, portanto, acima do governo, que é efêmero.

Por conta disso, é importante realizar a devida separação entre a chamada política governamental, claramente dotada de ideologia, e a AIR, algo neutro e que se põe a serviço do Estado (VALENTE, 2010, p. 27).



### 3. ANÁLISE DA ANÁLISE: A AIR EM FOCO

Uma vez compreendido os aspectos iniciais que circuncidam a AIR, bem como precisado seu momento de aplicação, parte-se para uma investigação sobre a ferramenta em si.

#### 3.1. DEFINIÇÕES E CONCEITUAÇÕES ACERCA DA ANÁLISE

Como é possível depreender do próprio subtítulo, não há um consenso acerca da definição da Análise (KIRKPATRICK; PARKER, 2007, p. 2). Isso se dá em razão, na verdade, de um “problema”: é de considerável dificuldade encontrar uma definição que satisfatoriamente englobará todos os meandros pelos quais a AIR pode percorrer.

Faz-se tal constatação porque a Análise possui diferentes características a depender de quem estiver adotando-a. Ou seja: existe uma variação de um país para outro, de uma Administração Pública para outra, de um ente regulatório para outro, já que a forma com que cada qual lida com essa ferramenta poderá ser distinta.

Se o sujeito que a utiliza é uma das razões para sua imprecisão conceitual, a própria AIR é igualmente outra delas. Dentro de contextos semelhantes, uma Análise será diferente de outra por conta do caso concreto associado a ela. Isso quer dizer que cada caso trará consigo aspectos peculiares, com objetivos e maneiras de atingi-los igualmente peculiares, o que torna a AIR altamente variável e, portanto, única em relação às demais (VALENTE, 2010, p. 88).

Já que a Análise é algo muito associado à realidade prática, há de se defini-la considerando seus aspectos mais abstratos, aspectos estes que se repetem em todas as situações. Com uma base comum, é possível trazer elementos que possam melhor contemplar o que é essa ferramenta.

Em um momento inicial, Robert Hahn e Paul Tetlock (2007) fizeram emergir uma concepção primária sobre aquilo que se desenhava em direção à noção de AIR. Nesse sentido, os autores basicamente debruçaram-se sobre uma ferramenta de uso dos economistas cujo intuito era de se realizar uma análise econômica sobre medidas regulatórias. Para melhor exemplificar esse contexto ainda embrionário de melhora de eficiência regulatória por vias analíticas, falou-se do caso da aplicação

da metodologia de custo-benefício em uma situação específica durante a década de 80 nos Estados Unidos, envolvendo combustível e chumbo em sua composição. Aqui, foi fundamental tal análise para que se adotasse uma política mais restritiva em prol da saúde humana e do ambiente (HAHN; TETLOCK, 2007, p. 4).

Em outra concepção, agora de proveniência europeia, Claudio Radaelli (*apud* VALENTE, 2010, p. 34) falou na AIR como um pré-requisito administrativo à produção de uma decisão regulatória. Desse modo, o autor traz algumas etapas imprescindíveis para que uma medida seja elaborada e encaminhada ao responsável regulador. Primeiramente, define-se o problema; de lá, segue-se com a identificação das falhas de mercado e uma análise da situação concreta; depois, parte-se à definição de alternativas possíveis, escolha de critérios para análise, consulta aos potenciais afetados e figuras envolvidas, estudos sobre essas alternativas e suas consequências gerais; e então tem seu fim com a recomendação para a adoção de uma medida (RADAELLI, 2008, p. 5, *apud* VALENTE, 2010, p. 35).

A OCDE também trouxe algumas palavras ao tratar sobre a temática. Uma dessas refere-se à AIR como decorrente da articulação de um problema regulatório com uma análise preliminar, da qual se extrai o contexto propício para a regulação tendo a ferramenta como base. Com isso, o que se busca é auxiliar a tomada de decisão regulatória no sentido de conduzi-la à opção que melhor forneça benefício público (OCDE, 2008a, p. 11).

Em outra ocasião, falou-se da AIR como um processo de identificação e avaliação sistemática das consequências esperadas referentes às alternativas regulatórias – isso por meio da utilização de um método analítico consistente. Tal método é um processo comparativo, uma vez que, a partir do estabelecimento de objetivos e de todas as maneiras de alcançá-los, serão estas avaliadas – umas em relação às outras – para que o responsável regulatório tenha uma decisão mais eficaz e eficiente apoiada nas informações coletadas (OCDE, 2008b, p. 3).

Por mais que se fale nesse processo de comparação de alternativas, não se pode reduzir a Análise a isso, uma vez que essa ferramenta, antes disso, serve à compreensão do problema regulatório em todas as suas facetas, bem como da verificação da necessidade ou não de intervenção e da definição de objetivos com base nesse contexto (BRASIL. Subchefia de Análise e Acompanhamento de Políticas Governamentais [*et al.*], 2018, p. 24).

Valente (2010, p. 89), em uma tentativa de condensar diversas conceituações trazidas pela doutrina especializada, porém sem pretensão de trazer algo absoluto, aduz a ideia de que a AIR é:

Instrumento de controle da atividade regulatória do Estado por meio de aplicação de procedimento administrativo voltado à análise das medidas regulatórias a serem adotadas ou já adotadas pelos agentes reguladores com base em evidências empíricas, resultando na introdução de mecanismos de legitimação democrática e de responsabilização do regulador.

Mais importante, contudo, que uma conceituação una da Análise é o conteúdo dessa ferramenta, isto é, tudo aquilo que traz consigo. Por essa razão, passa-se a se debruçar mais sobre a questão do “como é” em vez do “o que é”.

### 3.2. O CICLO REGULATÓRIO E A AIR

Falando em conteúdo da AIR, é preciso primeiramente compreender o seu estágio mais primordial: qual é o ponto de ignição para a mesma?

O despertar de uma Análise surge diante da tomada de conhecimento de um problema regulatório somado à óbvia necessidade de saná-lo. A AIR tem por condição *sine qua non* um contexto conturbado por uma situação problemática, uma vez que será aplicada quando se mostrar imprescindível a verificação da possibilidade de uma intervenção, seja ela positiva ou negativa, em algum setor.

Acontece que nem todo contexto anômalo pode precisar de uma intervenção governamental. Com isso, a AIR terá, então, o papel de revelar tal desnecessidade, evidenciando o caso de não regulação ser o mais plausível (BRASIL. Subchefia de Análise e Acompanhamento de Políticas Governamentais [et al.], 2018, p. 24). Essa seria uma forma de atuação antecipatória, de caráter preventivo, de uma decisão regulatória que eventualmente pudesse se mostrar ineficaz e ineficiente.

Isto posto, a AIR assume um papel dentro do ciclo regulatório, ciclo este que revela a ideia de constante estado de aperfeiçoamento à medida que o tempo passe e as circunstâncias venham a se alterar.

Esse ciclo é iniciado pela própria Análise. Uma vez concluída, elabora-se uma minuta de uma norma regulatória, dentro de um relatório. Depois, tal minuta é

submetida a uma consulta ou uma audiência pública, para a devida participação popular. Concluída essa fase, com a opinião de eventuais interessados, passa-se agora ao momento de tomada de decisão pela autoridade responsável pela regulação, que poderá estar em consonância ou não à recomendação decorrente da AIR. A partir daí, tem-se a implementação da medida, com sua fiscalização e monitoramento. Por fim, há uma avaliação e revisão da mesma, a qual desemboca em uma nova AIR se houver necessidade (BRASIL. Subchefia de Análise e Acompanhamento de Políticas Governamentais [*et al.*], 2018, p. 24).

### 3.3. ANÁLISE DE IMPACTO REGULATÓRIO EM SI

Como já explicitado, o problema regulatório é o que impulsiona a Análise, sendo este, então, o contexto primário do ciclo regulatório. Uma vez verificada essa situação é que se dá continuidade ao procedimento associado à AIR.

De plano, contudo, é preciso deixar em evidência que nem toda situação é recomendável e, até mesmo, passível de uma AIR. Desse modo, segundo Brasil (Subchefia de Análise e Acompanhamento de Políticas Governamentais [*et al.*], 2018, 2018, p. 24-25), guiando-se pelos princípios da racionalidade e da proporcionalidade, é dito que a Análise não encontra aplicação em:

- a) Atos normativos de natureza administrativa, cujos efeitos sejam restritos à própria Agência Reguladora, órgão ou entidade;
- b) Atos normativos de efeitos concretos, voltados a disciplinar situação específica e que tenham destinatários individualizados;
- c) Atos normativos que visam correção de erros de sintaxe, ortografia, pontuação, tipográficos, de numeração de normas previamente publicadas;
- d) Atos normativos que visam consolidar outras normas sobre determinada matéria, sem alteração de mérito; e
- e) Atos normativos que visam revogação ou atualização de normas obsoletas, sem alteração de mérito.

Há, também, situações nas quais poderá ser dispensada – isso com a devida justificação do ente regulatório. As hipóteses são quando houver urgência, quando envolver atos normativos de claro baixo impacto ou quando houver associação com atos normativos cujo conteúdo disciplinador (qual seja, direitos e obrigações) já estiver regulamentado em um diploma legal superior, o qual não permite outra possibilidade de ação regulatória (BRASIL. Subchefia de Análise e Acompanhamento de Políticas Governamentais [*et al.*], 2018, p. 26).

Em não sendo os casos dispostos supra, a Análise tende a seguir o seu rumo natural de aplicação. Cumpre ressaltar novamente, todavia, que a alta variabilidade impede uma descrição absoluta da Análise, até porque suas etapas têm relação de dependência com o que será estabelecido e almejado a se resolver a nível de política regulatória (VALENTE, 2010, p. 54), isto é, tudo aquilo que foi elaborado quando da consideração dos parâmetros determinados por uma política pública.

Consequentemente, o que se pode falar é em um tipo ideal (VALENTE, 2010, p. 54), composto por três âmbitos: o primeiro, do processo de tomada de decisão com relação a uma medida regulatória; o segundo, a implementação dessa medida; e o terceiro, a fiscalização e monitoramento da mesma.

O primeiro âmbito divide-se, também, em alguns momentos. De início, há a definição do problema e dos objetivos pretendidos em relação ao mesmo, além de evidenciar os atores envolvidos e a base legal associada à questão. Após isso, há o momento de pesquisa e levantamento de informações para a busca das alternativas possíveis ao caso em questão. Então, faz-se uma análise, em sentido estrito, do que foi obtido anteriormente, comparando-se as opções consideradas seguindo o método estabelecido. A partir daí, é elaborada uma minuta de relatório da AIR com a posterior minuta de recomendação de uma medida a ser adotada pelo responsável decisório, a qual será submetida à consulta pública para que os interessados manifestem suas posições. Por fim, há a adequação do relatório e da sugestão de medida para que, enfim, haja o momento decisional (VALENTE, 2010, p. 55).

Em síntese proposta pela OCDE (2008a, p. 17), o processo de AIR divide-se basicamente em cinco termos: a) definição (contexto e objetivos políticos, entre outros aspectos); b) identificação (opções regulatórias); c) avaliação (custos, benefícios e outras formas de impacto); d) consulta (envolvimento das partes interessadas); e e) design (criação de mecanismos de aplicação, conformação e monitoramento). Uma vez perpassado todo esse caminho, chega-se ao instante de tomada de decisão pelo responsável regulatório.

### 3.3.1. Fase inicial: etapa inicial – problema, atores, base legal e objetivos

Nessa primeira etapa, o que será feito é uma série de definições que serão importantes para a avaliação que está começando a ser desenvolvida. É um momento eminentemente descritivo.

#### 3.3.1.1. Problema regulatório

No que concerne ao problema regulatório, deve-se buscar compreender os riscos que possa vir a trazer, assim como as necessidades associadas ao mesmo. A partir disso que se idealizará as oportunidades em potencial para que haja melhoria da situação. Para tanto, contudo, faz-se imprescindível um estudo preliminar, o qual permitirá conhecer então o contexto, as figuras envolvidas e as normas aplicáveis ao caso em questão. Com essa base inicial construída, forma-se, então, uma equipe de trabalho (VALENTE, 2010, p. 56).

A definição do problema é fundamental na medida em que delimita o raio de alcance na busca de soluções. Por isso, há de se fazer uma delineação precisa, sem espaços para ambiguidades, demonstrando e compreendendo sua natureza, suas causas (principalmente a causa raiz<sup>2</sup>), além de sua extensão, consequências e expectativas para o caso de não haver intervenção alguma (BRASIL. Subchefia de Análise e Acompanhamento de Políticas Governamentais [et al.], 2018, p. 36-38).

O problema pode surgir das mais variadas maneiras. Pode ser ele uma falha de mercado, quando o mesmo, por si só, mostra-se incapaz de alcançar o melhor resultado possível levando em consideração o critério Kaldor-Hicks – o qual traz a ideia de eficiência quando algo proporcionar a indivíduos benefícios que excedam as perdas de outros indivíduos (COUTINHO, 2014, p. 27), isso tendo por fator primordial de equilíbrio a compensação entre as partes envolvidas. Uma falha de mercado pode se manifestar, por exemplo, por meio de um monopólio, de uma externalidade ou de uma assimetria de informações (BRASIL. Subchefia de Análise e Acompanhamento de Políticas Governamentais [et al.], 2018, p. 36).

---

<sup>2</sup> A causa raiz, isto é, a causa originária, pode ser encontrada, segundo Brasil (Subchefia de Análise e Acompanhamento de Políticas Governamentais [et al.], 2018, p. 37), por meio de uma construção retroativa na qual se busque compreender os fatores contributivos e os fatores primários. Para tanto, traz técnicas como o método dos 5 Porquês, a Árvore de Problemas, o Diagrama de Ishikawa (ou Espinha de Peixe), o Método de Análise e Solução de Problemas (MASP), o Método Kepner e Tregoe e a Teoria das Restrições.

Também pode ser consequência de uma falha regulatória, caso este em que uma medida se mostra ineficaz em relação a um problema regulatório anterior, o que pode agravá-lo ou, ainda, criar novas situações problemáticas. Alguns exemplos de tal falha são aqueles que ocorrem por conta de deficiências na definição do problema em si ou de seus respectivos objetivos, bem como na implementação das medidas regulatórias associadas (BRASIL. Subchefia de Análise e Acompanhamento de Políticas Governamentais [*et al.*], 2018, p. 36).

Outro tipo de problema é a falha institucional, cuja ocorrência se dá quando as instituições têm atuação insatisfatória ou fora das funções que lhe são atribuídas. Por conseguinte disso, há um óbice à eficiência e/ou eficácia dos processos ou dos objetivos pretendidos. Situações comuns desse caráter envolvem contratempos de competência, assim como questões associadas com a rigidez estrutural e normativa dessas instituições (BRASIL. Subchefia de Análise e Acompanhamento de Políticas Governamentais [*et al.*], 2018, p. 37).

Há igualmente, por fim, outras naturezas de problema regulatório, como os riscos inaceitáveis (os quais permitem a adoção de medidas providenciais), aqueles que servem à garantia de direitos fundamentais (como vida, liberdade, privacidade, entre outros) e aqueles que contribuem a objetivos decorrentes de políticas públicas (como moradia, saúde, equidade, entre outros) (BRASIL. Subchefia de Análise e Acompanhamento de Políticas Governamentais [*et al.*], 2018, p. 37).

#### 3.3.1.2. Atores envolvidos

Uma vez ultrapassada a questão do problema em si, passa-se a identificar os atores afetados pelo mesmo. Com a consulta às figuras relacionadas ao problema, pode-se determinar e compreender melhor o mesmo (BRASIL. Subchefia de Análise e Acompanhamento de Políticas Governamentais [*et al.*], 2018, p. 40), inclusive na medida em que se pode descobrir que os indivíduos podem estar agindo de modo a perpetuar ou agravar a situação problemática.

O que se faz nesse momento, então, é buscar compreender as maneiras pelas quais o problema e os atores associam-se. Verifica-se de que modo os sujeitos são afetados (se é direta ou indiretamente), a qualidade dessa afetação (se é positiva ou negativa), sua magnitude e relevância, além de consequências e expectativas futuras. Para tanto, é preciso uma base factual, a qual será construída

por meio da coleta de informações. Tal compilado de dados pode originar-se de uma pesquisa junto aos próprios envolvidos, mas também por meio da atuação de especialistas do tema em questão (BRASIL. Subchefia de Análise e Acompanhamento de Políticas Governamentais [*et al.*], 2018, p. 40-41).

#### 3.3.1.3. Base legal de atuação

Além disso, é necessário verificar a capacidade para agir frente ao problema. É, portanto, na identificação da base legal que são analisadas as questões envolvendo competência para atuação das figuras regulatórias. Aqui serão descritos todos os potenciais personagens do âmbito público associados à temática do problema – com isso, é possível avaliar quais entes são mais adequados para agir –, além de trazer à tona eventuais posicionamentos de outras instituições que possam ser pertinentes e contributivos (BRASIL. Subchefia de Análise e Acompanhamento de Políticas Governamentais [*et al.*], 2018, p. 41).

Tendo um suporte normativo, descobre-se quem deve fazer o que diante de cada situação. Ocorre que, no decorrer de uma Análise, o que antes parecia mais adequado pode não o ser mais. Por conta disso, é plenamente possível uma nova avaliação para que seja dado o melhor tratamento possível ao contexto problemático (BRASIL. Subchefia de Análise e Acompanhamento de Políticas Governamentais [*et al.*], 2018, p. 42), isso seguindo o escopo de ação propiciado pela legislação.

É preciso, também, verificar uma possível desnecessidade de regulação. Isso pois, se a AIR existe para verificar qual a melhor forma interventiva, a não intervenção não deixa de ser uma das possibilidades viáveis. Sendo assim, o que se elabora é uma linha do tempo com previsões à realidade concreta no caso de não ocorrer intervenção (VALENTE, 2010, p. 56-57). Esse é o chamado cenário base, de não ação (BRASIL. Subchefia de Análise e Acompanhamento de Políticas Governamentais [*et al.*], 2018, p. 38). Essa prática serve justamente para que se tenha uma visualização mais ampla desde logo, pois seria muito gravoso realizar todo o procedimento da AIR para somente ao final se constatar que “nada” é melhor que algo, trazendo gastos – de dinheiro, de recursos e de tempo – desnecessários.

Associado a esse ponto, a OCDE (2008a, p. 11-13), já em 1995 havia criado uma lista de checagem para a tomada de decisões regulatórias. Além de se definir



o problema, deve-se verificar se a ação governamental é devida em relação ao que foi constatado, assim como se tal ação deverá ser de caráter regulatório ou não. Ademais, outros aspectos são contemplados nessa lista, como a base legal para regulação, a justificativa da mesma com base em custos e benefícios, a transparência e compreensão dela perante os administrados e a oportunidade dos interessados manifestarem-se quanto ao que julgarem pertinente.

#### 3.3.1.4. Definição de objetivos

Logo depois, surge o momento de identificação dos objetivos. Aqui, deve-se atentar a um detalhe crucial: esses objetivos devem estar correlacionados com os objetivos previamente estabelecidos na política pública vinculada ao setor (VALENTE, 2010, p. 56), além de estarem alinhados com o planejamento estratégico existente das figuras regulatórias (BRASIL. Subchefia de Análise e Acompanhamento de Políticas Governamentais [*et al.*], 2018, p. 42). Esse fato traz desdobramentos de duas ordens. A primeira encontra-se associada ao fato de que esses objetivos nem sempre estarão explícitos. A segunda é, em verdade, um corolário da primeira, partindo-se da situação hipotética de falta de objetivos. Cada qual será analisado a seguir.

Quando o legislador traz objetivos implícitos, o que deverá ocorrer é um processo hermenêutico por parte do agente regulador, para que este extraia os mesmos por meio da atuação interpretativa. Quando, em contrapartida, o legislador comete o equívoco de sequer implicitamente fazer constar suas pretensões no texto legal, o agente regulador fica de mãos atadas, impossibilitado de dar continuidade ao procedimento. Isso ocorre em razão do princípio da legalidade, o qual veda a livre atuação da Administração Pública ao vinculá-la às disposições legais. Diante dessa situação, a AIR como um todo ficaria comprometida em termos qualitativos, pois sem o norte dado pelos objetivos a eficácia da ferramenta é reduzida significativamente (VALENTE, 2010, p. 56).

Isso evidencia a necessidade de uma harmonização no que concerne aos aspectos que circundam a AIR, vide capítulo anterior. Sem uma atuação conjunta dos Poderes (VALENTE, 2010, p. 56), a Análise pode perder uma parcela considerável de seu potencial benéfico ao existirem falhas quanto aos objetivos das políticas públicas em geral. Se o Poder Legislativo tem seu papel no que se refere

aos objetivos de uma política pública, o Executivo também tem a importante função de atuar de maneira transparente para a definição dos objetivos durante a AIR (VALENTE, 2010, p. 57).

Para que se inicie a busca por alternativas de solução a um problema, é imprescindível, portanto, o prévio estabelecimento de objetivos dos entes regulatórios. Esses objetivos de que se fala são os fundamentais, não os objetivos meios, os quais são instrumentais ao atingimento daqueles<sup>3</sup>. Tal delimitação preliminar não é estática, podendo ser ajustada durante a AIR caso necessário (BRASIL. Subchefia de Análise e Acompanhamento de Políticas Governamentais [et al.], 2018, p. 43).

Ao se definir os objetivos fundamentais, deve-se fazê-lo atribuindo detalhes qualitativos e quantitativos. Uma descrição mais acurada é mais compreensível e mais benéfica. Seguindo essa linha, verifica-se a possibilidade de definir metas segundo esses objetivos (BRASIL. Subchefia de Análise e Acompanhamento de Políticas Governamentais [et al.], 2018, p. 43). Com metas, há maior organização, já que é mais mensurável e, conseqüentemente, mais passível de dar cumprimento aos objetivos.

Uma vez estabelecidos objetivos juntamente com metas, dá-se contornos de especificidade quanto às possíveis soluções. Vale dizer, contudo, que não se trata de um direcionamento a uma alternativa preferencial (BRASIL. Subchefia de Análise e Acompanhamento de Políticas Governamentais [et al.], 2018, p. 44), pois isso seria, em outras palavras, uma mácula ao procedimento da AIR. Objetivos e metas servem a um afunilamento, mas sem preterir possibilidades de resolução do problema, até porque estas começarão a ser idealizadas e contempladas apenas posteriormente.

### 3.3.2. Fase inicial: etapa intermediária – alternativas de ação e análise em sentido estrito

#### 3.3.2.1. Alternativas de ação

---

<sup>3</sup> Sobre o tema de definição de objetivos, há métodos para realizar a diferenciação entre aquele que é meio daquele que é fim. Exemplos são trazidos por Keeney (1992, *apud* BRASIL, 2018, p. 43), tais como a “Hierarquia de Objetivos Fundamentais” e uma “Rede de Objetivos Meio-Fim”.

A etapa inicial prepara o terreno para o que se seguirá. Depois de estabelecido o problema regulatório, identificados e consultados os atores envolvidos, encontrada a base legal que estrutura a atuação dos entes regulatórios e definidos os objetivos com metas a serem alcançados, passa-se a um processo para elencar as alternativas possíveis dada a situação, sendo, inclusive, encorajado o pensamento *out of the box* (BRASIL. Subchefia de Análise e Acompanhamento de Políticas Governamentais [et al.], 2018, p. 44).

Evidentemente, as potenciais alternativas deverão ter uma associação estrita ao problema regulatório constatado, sendo proporcionais e razoáveis, isto é, não ultrapassando o delimitado pelos objetivos estabelecidos. Se o excesso é prejudicial, a falta é certamente igual: tais alternativas, então, devem ser capazes de adequada e satisfatoriamente agirem sobre a questão – isso com a promoção de alterações a condições do contexto e/ou a comportamentos dos agentes envolvidos –, para que sejam concretizados os objetivos (BRASIL. Subchefia de Análise e Acompanhamento de Políticas Governamentais [et al.], 2018, p. 45).

É a partir da listagem de possibilidades que se filtrará o que é viável do que não é, para que se dê seguimento ao procedimento com uma análise minuciosa sobre as que efetivamente merecerem uma maior atenção. De todo modo, é de bom tom, em nome da transparência, fazer constar justificativas para as opções que forem eventualmente descartadas (BRASIL. Subchefia de Análise e Acompanhamento de Políticas Governamentais [et al.], 2018, p. 44), até porque isso não trará outra coisa senão mais legitimidade e credibilidade ao procedimento da Análise.

Com a finalidade de um alcance mais abrangente e inovativo, dois aspectos devem ser considerados: um deles – externo –, é o estudo de casos internacionais, verificando como os outros países lidaram com situações semelhantes; outro – interno –, parte do próprio ente regulador, no qual diversas áreas devem ser consideradas para que haja maior pluralidade nesse processo enumerativo (BRASIL. Subchefia de Análise e Acompanhamento de Políticas Governamentais [et al.], 2018, p. 45).

Partindo-se para as alternativas, são três as categorias de enquadramento: as de não ação, as não normativas e, por fim, as normativas (BRASIL. Subchefia de Análise e Acompanhamento de Políticas Governamentais [et al.], 2018, p. 44), sendo que existe uma preferência lógica para essa ordem disposta – da não ação

à resposta normativa, com a resposta não normativa ao meio sempre que se mostrar praticável.

A primeira possibilidade é a de não ação. Como já exposto, a manutenção da situação como está, representa o cenário base, pois, logicamente, serve de linha comparativa em relação a uma alternativa que venha a ser escolhida, verificando em que medida se dá a sua eficácia e eficiência.

A AIR serve não apenas para providenciar uma resposta regulatória, sendo útil também ao reconhecimento de situações nas quais o Estado não deveria realizar intervenções. A OCDE (2008b, p. 5) traz recomendações para a não ação, tais como quando o tamanho do problema for insignificante se posto em comparação aos custos estatais para combatê-lo ou quando não houver regulação (ou qualquer outra medida) possível de combater o problema em termos de razoabilidade – isto é, quando o custo não for justificável do benefício a ser evidenciado.

Sobre isso, fala-se na chamada “questão do limite” (*threshold question*), que se refere à consideração da magnitude do problema para que se chegue à conclusão de que é ou não é devida a intervenção. Nisso, serão contemplados aspectos como os riscos e os custos de transação deles decorrentes, as limitações de recursos (tanto públicos como privados) junto à ideia de ampliação de rede de benefícios e o problema do fracasso regulatório poder ser mais catastrófico que a ruína natural de uma parcela do mercado (DEIGHTON-SMITH, 1997, p. 225-226).

Seguindo igual linha, por mais que não haja um manual de instruções que preveja a tutela estatal ou não dadas as circunstâncias e magnitude de um problema, alguns aspectos podem ser considerados para tanto. O primeiro deles é verificar a capacidade do Estado de elaborar e fazer valer de maneira efetiva suas construções regulatórias. O segundo, por sua vez, é comparar esse problema com outros para perceber se a regulação seria cabível. O terceiro é averiguar o poder dos atores envolvidos no que concerne à possibilidade de os mesmos agirem por conta própria para solucionarem a questão. Por fim, o quarto é examinar o aspecto temporal do problema: se é algo que se protrairá no tempo, a longo prazo, ou se existe uma expectativa de mudança a curto prazo por conta de fatores externos (OCDE, 2008b, p. 5-6).

Ao debruçar-se sobre esses quatro tópicos, pode-se concluir, então, pela possibilidade interventiva do Estado, a qual se desdobra na atuação normativa e não normativa. Cada qual será analisada a seguir.

Superado o contexto de não ação, a segunda possibilidade a ser posta em consideração é a intervenção não normativa. Sobre ela, ainda não existe classificação una, o que faz com que se abra margem a uma multiplicidade de enfoques para tanto. De todo modo, mais importante que uma classificação bem delineada é a existência dessas alternativas, as quais devem ser consideradas antes das de caráter normativo.

A OCDE (2013, *apud* BRASIL. Subchefia de Análise e Acompanhamento de Políticas Governamentais [*et al.*], 2018, p. 45-47) traz, com relação ao tema, uma listagem de quatro grupos de soluções de caráter não normativo: a autorregulação, a correção, os incentivos econômicos e as associadas a informação e educação.

A autorregulação, como o próprio nome já informa, traz o caso em que um grupo tem capacidade de regular o comportamento de seus próprios membros. O aspecto favorável dessa prática dá-se pela suscetibilidade de aceitação tanto da elaboração e monitoramento dos instrumentos que disciplinam o grupo como no que diz respeito ao sentimento de responsabilidade de cumprimento desses indivíduos (BRASIL. Subchefia de Análise e Acompanhamento de Políticas Governamentais [*et al.*], 2018, p. 46). Isso é justificado pela proximidade com a realidade, uma vez que o grupo está inserido no contexto. Além do mais, pode-se mencionar positivamente a flexibilidade, um maior poder fiscalizatório e a capacidade de direcionar esforços a questões específicas associadas ao setor (CASTRO, 2014, p. 336).

Há, contudo, situações nas quais a autorregulação não encontra solo fértil para florescer. Quando, por exemplo, o problema sob análise envolver riscos altos e impactos significativos, não se recomenda esse instrumento regulatório. Outros casos são os que envolvem questões associadas a segurança ou saúde, bem como quando estiver em jogo algum interesse público relevante (BRASIL. Subchefia de Análise e Acompanhamento de Políticas Governamentais [*et al.*], 2018, p. 46).

Além disso, há um problema relacionado à autorregulação: a captura pelos interesses do setor que se encontra associada (BRASIL. Subchefia de Análise e Acompanhamento de Políticas Governamentais [*et al.*], 2018, p. 46). A captura é

justamente uma das formas pelas quais se manifesta uma das falhas de governo – que se contrapõe às falhas de mercado –, a qual seria o ato de capturar a regulação pelos próprios regulados, fazendo com que os interesses de seletos grupos fossem considerados e satisfeitos em detrimento dos demais atores envolvidos na questão (OLIVEIRA, 2015, p. 140).

Existe também a correção, que por sua vez se trata da situação na qual o próprio setor engendra seus padrões, mas é o Estado quem dará o suporte legal necessário quanto à aplicabilidade. O que se faz aqui, portanto, é a estipulação de parâmetros qualitativos (associados à performance dos atores), dando liberdade aos indivíduos para que alcancem esse *standard* de desempenho da forma que julgarem mais adequada para si. Alguns casos exemplificativos são os códigos de conduta e de boas práticas, guias, acordos setoriais e esquemas de acreditação elaborados com a participação governamental (BRASIL. Subchefia de Análise e Acompanhamento de Políticas Governamentais [*et al.*], 2018, p. 46).

A seu turno, os incentivos econômicos são uma outra maneira de modelar o comportamento dos atores, isso por consequência da mudança de preços e custos relacionados a produtos, serviços, tecnologias e insumos (BRASIL. Subchefia de Análise e Acompanhamento de Políticas Governamentais [*et al.*], 2018, p. 46). O estímulo comportamental dos indivíduos dá-se de duas maneiras: uma como resposta benéfica a uma postura considerada positiva, outra como resposta sancionatória a uma postura negativa. Os incentivos enquadram-se na primeira categoria, a exemplo do mercado de créditos de carbono e a regulação *price-cap*.

Os instrumentos de informação e educação, finalmente, são figuras de caráter publicitário voltadas ao balanceamento. No que concerne à informação, servem para a correção de assimetrias, assim como possibilitam o conhecimento sobre aspectos associados ao problema, mas que eram obscuros ou insuficientes até então. Quanto à educação, fala-se na promoção de campanhas estimulantes a valores de responsabilidade e cidadania (BRASIL. Subchefia de Análise e Acompanhamento de Políticas Governamentais [*et al.*], 2018, p. 47). Trata-se de uma orientação a um comportamento, porém não se confunde com um incentivo econômico, uma vez que tem caráter mais amplo e aberto que este. Por conta desse envolvimento com menor intensidade, considera-se uma opção mais limitada que as demais (CASTRO, 2014, p. 336-337).

Sobre essa temática das alternativas não normativas, percebe-se que há uma preocupação crescente sobre a técnica estatal de atuação. Segundo Baldwin, Cave e Lodge (2010, *apud* BRASIL. Subchefia de Análise e Acompanhamento de Políticas Governamentais [*et al.*], 2018, p. 48), existem as técnicas dissuasiva e persuasiva. Enquanto no âmbito da dissuasão há as ideias de sanção pela irregularidade e da minimização de danos, a persuasão encontra seu caminho por meio do caráter cooperativo e preventivo, o qual estimula o comportamento positivo.

Nessa mesma linha, existe a denominada regulação responsiva (BRASIL. Subchefia de Análise e Acompanhamento de Políticas Governamentais [*et al.*], 2018, p. 48). Esta é uma forma de regular que se utiliza tanto da base punitiva quanto da cooperativa, dando a cada ator, grosso modo, tudo aquilo que o mesmo fizer por merecer. Trata-se do desestímulo à atuação transgressiva e irregular em contraponto ao estímulo das boas práticas.

Kolieb (2015, p. 150) aborda essa temática com uma teoria alternativa de compreensão da regulação, explicitada por meio de um “Diamante Regulatório”. Em uma simples explanação dessa figura, esta traria à região média (central) padrões mínimos de colaboração dos atores, tendo em cada extremo do diamante o comportamento altamente desejável (racional, virtuoso, proativo) – o qual culmina nas formas regulatórias como a autorregulação, a correção e aquela por incentivos – e indesejável (irracional, infrator, de baixa capacidade técnica) – que por sua vez se baseia na regulação prescritiva, na dissuasão e na punição. Nota-se que essa concepção se baseia, em suma, em duas formas regulatórias: a “compliance regulation”, que se refere aos mecanismos de conformação aos padrões mínimos, e a “aspirational regulation”, a qual busca ir além, fazendo com que os agentes não se atenham aos referidos padrões, almejando uma atuação virtuosa (KOLIEB, 2015, p. 151).

Como última via, tem-se a intervenção de caráter normativo, que é a tradicional regulação de comando e controle (VALENTE, 2010, p. 58). Esta, decerto, é a medida a qual envolve a edição de uma norma com o intuito de trazer um fim à situação problemática, isso quando as possibilidades anteriormente citadas e outras possibilidades normativas inviáveis forem descartadas pelas razões que sejam.

No que diz respeito a esse descarte, o qual pressupõe uma análise de viabilidade, as motivações são variadas. Os critérios podem ir de simples inviabilidade técnica até o caso de alto grau de complexidade de elaboração do

normativo por conta do contexto e dos envolvidos (BRASIL. Subchefia de Análise e Acompanhamento de Políticas Governamentais [*et al.*], 2018, p. 49). Basicamente, de maneira resumida, se uma alternativa puder ser repelida em alguma medida pelos atores envolvidos, pelas entidades reguladoras ou pelas próprias noções de direito (isto é, o ordenamento em si), provavelmente será desconsiderada.

No caso de já existir regulação prévia sobre a questão, são dois os caminhos que se pode seguir (BRASIL. Subchefia de Análise e Acompanhamento de Políticas Governamentais [*et al.*], 2018, p. 45). Um deles, ao se verificar uma expectativa positiva da regulação, é buscar medidas de aperfeiçoamento daquela parcela que possa estar sendo comprometida, seja nos seus contornos, na sua implementação, no seu monitoramento ou na sua fiscalização. Nota-se, aqui, que a situação anômala é algo imprescindível, pois não estaria sendo feito esse reexame se a mesma não existisse. O outro caminho, por sua vez, é indicado na hipótese de a regulação anterior não estar apenas sendo pouco efetiva na solução do problema à qual se associa, mas também causar problemas de outras ordens. Aí, nesse caso, a melhor via seria a desregulação, qual seja, agir de modo a retirar a regulação que se mostre prejudicial no final das contas, ao estilo “se não ajuda, não atrapalhe”.

Diante do exposto, é recomendável que contenha no Relatório da AIR – o qual será tratado mais adiante – a apresentação de todas as alternativas viáveis, sendo discriminadas uma a uma, isso seguindo uma ordem decrescente tanto para a qualidade das alternativas no geral como para os impactos provenientes das mesmas (BRASIL. Subchefia de Análise e Acompanhamento de Políticas Governamentais [*et al.*], 2018, p. 51). Isso serve para que se deixe demonstrado, desde logo, pelo exame, as melhores possibilidades para o caso, nada obstante explicitando as principais consequências (isto é, os impactos aferidos pelas metodologias a seguir trazidas) que as mesmas poderão ocasionar se implementadas.

### 3.3.2.2. Análise em sentido estrito

Uma vez elencadas e analisadas previamente todas as possibilidades para a situação concreta, passa-se agora a uma nova análise, sendo ela comparativa entre as soluções encontradas e sobre os impactos de cada qual. Se existisse um



momento que pudesse melhor caracterizar a AIR, seria esse, já que é quando se faz a avaliação crucial que justifica a própria existência de uma Análise.

Os objetivos dessa etapa são dois. O primeiro é verificar se os benefícios de uma alternativa são capazes de superar os seus ônus, como os custos gerais e as desvantagens. Essa verificação não se dá em relação apenas ao âmbito externo, que se associa aos atores, mas também ao contexto do próprio ente regulatório envolvido: se se constatar afetação significativa ao mesmo, deve-se contemplar isso juntamente aos demais aspectos. Por essa razão, diz-se que a análise deverá considerar a sociedade, as empresas e o próprio governo (BRASIL. Subchefia de Análise e Acompanhamento de Políticas Governamentais [*et al.*], 2018, p. 51).

O segundo desses objetivos decorre necessariamente do primeiro. Ao se estudar as alternativas em sua individualidade, destrinchando os seus mais variados aspectos, deve-se também avaliar as alternativas entre si (BRASIL. Subchefia de Análise e Acompanhamento de Políticas Governamentais [*et al.*], 2018, p. 51). O que se fala aqui é, em suma, em um processo comparativo que possibilite a extração da melhor solução que virá a servir de orientação para a tomada de decisão pelo ente regulador.

Para devidamente delinear essa análise, é preciso que sejam estabelecidos limites em âmbito temporal e metodológico. Temporal porque não é possível realizar uma avaliação que se protraia no tempo, devendo haver o estabelecimento prévio de um período para tanto – recomendando-se dez anos (BRASIL. Subchefia de Análise e Acompanhamento de Políticas Governamentais [*et al.*], 2018, p. 53). Sobre o tema, deve-se recordar que será utilizada como referencial de análise a hipótese de não ação para realizar um processo comparativo. Metodológico, a seu turno, por conta das peculiaridades trazidas por cada caso, o que implica um tratamento diferenciado, considerando-se nessa equação, por exemplo, a natureza do problema, sua complexidade e os dados alcançáveis, tanto em termos qualitativos quanto em termos quantitativos (BRASIL. Subchefia de Análise e Acompanhamento de Políticas Governamentais [*et al.*], 2018, p. 51).

Desse modo, o estudo quanto aos impactos divide-se em dois momentos. Inicialmente, elenca-se amplamente todas as maneiras pelas quais uma alternativa pode impactar o todo envolvido – sendo os pontos positivos e os negativos, os diretos e os indiretos, os de curto ou longo prazo, entre outros. Ocorre que, a depender das circunstâncias do caso em questão, haverá aí um segundo momento,

o qual seria o direcionamento dessa análise da generalidade à especificidade. Dentre os países da OCDE, no que concerne aos tipos de impacto, a avaliação pode se dar considerando-se aspectos como, por exemplo, concorrência, micro e pequenas empresas, comércio internacional, nível de abertura de mercados, saúde, segurança, meio ambiente, custos administrativos e contexto orçamentário (BRASIL. Subchefia de Análise e Acompanhamento de Políticas Governamentais [et al.], 2018, p. 52).

Mais do que somente averiguar as formas de impacto em sua essência, deve-se identificar as figuras que serão atingidas pelas alternativas, verificando não apenas a nível coletivo, mas também a nível individual a distribuição e repercussão daquelas vias. Percebe-se que agora se está falando das figuras impactadas, não das figuras envolvidas com o problema. É óbvio que a coincidência entre ambas é comum, porém podem existir personagens que até agora não estavam associadas à questão, mas que, por conta dos efeitos de uma possível solução às mesmas, passam a estar. É preciso contemplar todos os interessados, assim como os entes reguladores e outras instituições do âmbito público que possam eventualmente ter algum envolvimento (BRASIL. Subchefia de Análise e Acompanhamento de Políticas Governamentais [et al.], 2018, p. 53).

Cada personagem presente em uma situação de potencial atuação regulatória tem suas peculiaridades, sendo os impactos distintos entre as mesmas. Além disso, o que justifica essa diferença é justamente o contraste existente entre os critérios de impacto associados a eles. Exemplifica-se: enquanto um ente regulador tem dentre as suas preocupações a infraestrutura e as despesas, o cidadão tem outras como o preço e as informações vinculados a esse contexto (ANVISA, 2018, p. 50).

Partindo dessa noção que procura ser total na medida do possível, passa-se à avaliação das alternativas. A metodologia escolhida, como já dito, será cambiante, isso porque há variáveis como disponibilidade de informações, habilidade analítica, restrições orçamentárias, entre outras formas de influenciar na escolha para o caso concreto (DEIGHTON-SMITH, 1997, p. 221). A OCDE (*apud* BRASIL. Subchefia de Análise e Acompanhamento de Políticas Governamentais [et al.], 2018, p. 54-56) traz seis maneiras mormente utilizadas para se realizar a análise dos impactos das alternativas: multicritério, custo-benefício, custo-efetividade, custo, risco e risco-risco.

Vale dizer, não existe um critério ótimo, que só tenha pontos positivos sem debilidade alguma. Sobre isso, a experiência prática sugere, inclusive, que mais importante que um método específico de AIR é o *timing* de aplicação da ferramenta (JACOBS, 2006, p. 39), o qual deve ser o quanto antes for possível para integrá-la ao processo de tomada de decisão regulatória (OCDE, 1997, *apud*, OCDE, 2009, p. 25).

De qualquer modo, não se pode olvidar a importância da escolha de uma metodologia adequada. Por conta disso, é preciso compreender o contexto e suas necessidades para que se aplique o que foi avaliado e considerado o melhor critério dada a situação em questão. Ademais, a combinação de métodos também pode ser uma possibilidade viável para que haja uma melhor cobertura do que se é almejado.

#### 3.3.2.2.1. Análise multicritério

A análise multicritério (*multi-criteria analysis* – MCA<sup>4</sup>) é um método pelo qual se realiza um processo comparativo de alternativas tendo por base o desempenho de cada qual segundo critérios significantes ao caso concreto. Tais critérios têm sua valoração segundo o grau contributivo para o atingimento dos objetivos previstos durante o momento anterior (BRASIL. Subchefia de Análise e Acompanhamento de Políticas Governamentais [*et al.*], 2018, p. 54). Dessa forma, por meio de critérios com valores específicos, seria possível encontrar uma solução mais adequada à situação.

Essa é uma metodologia que mistura elementos técnicos de dupla ordem: quantitativa e qualitativa. O primeiro é evidenciado com o uso de escalas e pesos (em suma, as valorações) associados aos diversos critérios definidos. O segundo, por sua vez, é exemplificado pela atuação subjetiva, isto é, com grupos de discussão e noções como a de *brainstorming* (ANVISA, 2018, p. 51). Essa forma de análise diferencia-se das demais metodologias por não necessariamente ter uma relação de dependência com técnicas de cunho monetário (REINO UNIDO, 2009, p. 6).

---

<sup>4</sup> Para mais informações acerca dessa metodologia, é possível acessar um documento do Reino Unido acerca do tema ("*Multi-criteria analysis: a manual*", datado de 2009) por meio do seguinte link: [http://eprints.lse.ac.uk/12761/1/Multi-criteria\\_Analysis.pdf](http://eprints.lse.ac.uk/12761/1/Multi-criteria_Analysis.pdf).

O MCA está ultimamente relacionado a objetivos. Ao se identificar os objetivos de determinado setor em âmbito de política pública – algo que será considerado na definição dos objetivos da política regulatória e, conseqüentemente, durante a AIR em si –, constrói-se, por meio desse tipo de análise, aquilo que buscará fazer os mesmos serem obtidos. Esses critérios, então, são postos a uma espécie de ranqueamento entre si (OCDE, 2008b, p. 15), para que cada qual seja colocado em uma posição dada sua importância ao caso e à consecução desses objetivos vinculados.

É preciso compreender que nem todos os impactos poderão ser evidenciados e analisados aqui. O que se pretende, na realidade, é a identificação de prioridades dentro de um contexto específico, considerando-se aspectos de igual ordem (ANVISA, 2018, p. 53). Em outras palavras, é uma forma analítica mais restrita, pois seus limites estão previamente definidos pelos critérios associados a certos objetivos. Esse tipo de avaliação, portanto, não possui como uma de suas características primordiais a abrangência.

Por mais que lhe falte o supracitado, não se pode afirmar que a análise, dentro do que se propõe, não é ampla. O destaque positivo dessa metodologia, sendo assim, é a sua amplitude de análise, pois não traz mera avaliação de cunho econômico, mas também de outras ordens (seja social, política ou ambiental), o que permite um maior alcance para pautas que não podem ser avaliadas quantitativamente por lhes faltar o aspecto mensurável. Por conta disso, é uma opção para assegurar uma posição de importância à avaliação qualitativa (OCDE, 2008b, p. 16).

Em razão dessa amplitude, esse método encontra espaço de aplicação para contextos complexos (situações de incerteza, dificuldades de obtenção de dados, informações complexas, entre outros), isso porque permite a aproximação sistemática entre o que é quantificável e objetivo daquilo que não é (ANVISA, 2018, p. 51).

Ademais, outro ponto fundamentalmente favorável à análise multicritério é o de que, por basear-se em critérios explícitos e bem definidos (até por conta de os objetivos apresentarem-se de igual maneira), a clareza e a transparência imperam nessa forma de avaliação (BRASIL. Subchefia de Análise e Acompanhamento de Políticas Governamentais [et al.], 2018, p. 54). Por conseguinte, há plena

capacidade revisional por parte do ente regulador responsável, assim como torna essa atuação mais facilmente passível de auditoria (ANVISA, 2018, p. 51).

Em contrapartida, pode-se atentar à falta de objetividade para a valoração dos critérios elaborados (BRASIL. Subchefia de Análise e Acompanhamento de Políticas Governamentais [*et al.*], 2018, p. 54). A inerente subjetividade de tal ato pode abrir margem ao questionamento, uma vez que as respostas obtidas estão intrinsecamente associadas às pontuações e ponderações realizadas sobre os critérios. Diante disso, não se pode afirmar com total certeza que uma solução é efetivamente a mais cabível, pois o pressuposto que a justifica pode encontrar-se maculado desde o princípio.

A OCDE (2008b, p. 16), consequentemente, traz a ideia de que o MCA seria uma ferramenta adicional por proporcionar uma informação menos confiável em termos de objetividade – em comparação com outras metodologias de caráter mais quantitativo (OCDE, 2009, p. 80). Sendo assim, não bastaria por si própria nem substituiria outros métodos de análise para os casos nos quais uma avaliação quantitativa apresenta-se com maior necessidade e força.

### 3.3.2.2.2. Análise de custo-benefício

De início, um aspecto curioso sobre a análise de custo-benefício (*cost-benefit analysis* – CBA<sup>5</sup>) é que quando se fala em AIR, a metodologia mormente lembrada e associada ao tema é justamente essa, quando, obviamente, existem outras maneiras de se proceder para a avaliação de impactos regulatórios.

Esse tipo de análise envolve a comparação de valores monetários (isso em valor presente, não valor futuro<sup>6</sup>) dos pontos negativos e positivos de uma solução. Seguindo a lógica, uma alternativa será potencialmente mais atrativa (VISCUSI, 1997, p. 180) diante dessa metodologia quando o valor presente dos benefícios se

---

<sup>5</sup> Para mais informações acerca dessa metodologia, é possível acessar um documento da OCDE (*“Regulatory Impact Analysis: A Tool for Policy Coherence”*, de 2009) por meio do seguinte link: [https://read.oecd-ilibrary.org/governance/regulatory-impact-analysis\\_9789264067110-en#page1](https://read.oecd-ilibrary.org/governance/regulatory-impact-analysis_9789264067110-en#page1).

<sup>6</sup> Valor presente é, como o próprio nome informa, o quanto vale um montante no momento presente, levando em consideração o contexto atual (inflação, por exemplo) e as expectativas futuras. É distinto do valor futuro, que é aquilo que se espera para um período de tempo mais adiante – qual seja, a hipótese de concretização dessas expectativas projetando assim um novo contexto –, porém são noções que estão imbricadas em certa medida, pois o valor futuro efetivamente concretizado passa a ser o valor presente. Para mais informações: <https://maisretorno.com/blog/termos/v/valor-presente>.

mostrar superior, ou pelo menos justificável, aos respectivos custos relacionados com a sua implementação e afins (BRASIL. Subchefia de Análise e Acompanhamento de Políticas Governamentais [*et al.*], 2018, p. 54).

É a partir do saldo desse cotejo que se poderá evidenciar e recomendar uma opção em detrimento de outras, isso tendo por base de ação o interesse público e a escassez dos recursos. É a ideia de se buscar uma via que, no final das contas, traga um balanço positivo à sociedade no geral. Vale lembrar, porém, que a análise de custo-benefício se encontra imbricada à capacidade orçamentária do Estado. Isto é: quanto mais restrições existirem no orçamento estatal, mais aprofundado e minucioso deverá ser o exame (VALENTE, 2010, p. 93-95). Ocorre que a própria análise é algo custoso, o que leva à necessidade de se encontrar um equilíbrio ótimo entre as capacitações e limitações, tanto financeiras quanto metodológicas.

Um de seus atributos fundamentais, talvez até o mais significativo deles, é a sua abrangência na valoração dos efeitos das alternativas (SIGMA, 2001, p. 28). Mais que isso, é um método que pode ser considerado aquele que de forma mais ampla protege os diversos interesses em jogo, bem como contempla os impactos das ordens social, econômica e ambiental (JACOBS, 2006, p. 35).

Outro elemento crucial dentro da análise custo-benefício é a taxa de desconto<sup>7</sup>, que seria uma valoração percentual para que os aspectos decorrentes da avaliação sejam postos em comparação em seu momento presente com o futuro. É, portanto, uma ferramenta que compara os custos e os benefícios de uma análise ao longo do tempo (LI; PIZER, 2019, p. 1). Em poucos termos, quanto maior for essa taxa, maior disparidade existe entre o que se visualiza hoje com o que se espera de amanhã, isto é, um “desconto do futuro”. Aplicando-se isso a uma medida regulatória, se a taxa for menor, significa que o saldo de custo-benefício dela mantém-se relativamente estável, enquanto uma taxa alta representa o oposto: há uma desvalorização com o tempo. Não há uniformidade nessa taxa (OCDE, 2006, *apud*, OCDE 2009, p. 83-84), tendo cada país suas determinações quanto a isso ao

---

<sup>7</sup> Segundo Valente (2010, p. 101), a taxa de desconto não se limita à metodologia da análise custo-benefício, sendo aplicável para as demais, adequando-se às respectivas variáveis da forma avaliativa (exemplo: na análise de risco, o que se compara é o risco, obviamente). De todo modo, a finalidade – que é comparar um objeto em momentos temporais distintos – mantém-se intacta.

se realizar uma AIR – pode-se, por exemplo, definir um valor pontual ou um intervalo.

Percebe-se que o CBA demonstra uma objetividade (BRASIL. Subchefia de Análise e Acompanhamento de Políticas Governamentais [*et al.*], 2018, p. 54) da qual carecia o MCA, pois aqui cada lado (tanto dos custos quanto dos benefícios) tem um embasamento de cunho quantitativo, o que deixa uma suposta melhor opção mais facilmente cognoscível e compreensível ao serem considerados apenas os aspectos mensuráveis circundantes à situação em questão.

Isso leva a uma das críticas desse modelo, pois existem custos e benefícios que não podem ser mensurados, logo não podem ser quantificados e monetizados. Ademais, existem situações nas quais a falta ou insuficiência de informações, ou de recursos para a obtenção das mesmas, pode levar ao mesmo resultado (BRASIL. Subchefia de Análise e Acompanhamento de Políticas Governamentais [*et al.*], 2018, p. 54).

Apesar de se esperar uma avaliação com conteúdo e linguagem de caráter mais acessível e simples, há situações de maior magnitude e complexidade, bem como mais controversas, as quais podem exigir técnicas mais avançadas para a averiguação dos custos e dos benefícios. Sobre isso, faz-se menção à econometria, que faz uso de caracteres da estatística para melhor compreender a questão. Essa abordagem pode ser decisiva para alterar decisões embasadas somente em critérios qualitativos, sendo justamente uma possível alternativa para o problema envolvendo a dificuldade de quantificação supracitado (RIBEIRO, 2010, p. 81-85).

Tal problema, que culmina em uma limitação de alcance efetivo, não é apenas o único ponto de fraqueza dessa método. Existe outro, também, o qual diz respeito à compreensão da alocação dos custos e benefícios. Aqui, não se garante propriamente a equilibrada distribuição desses efeitos entre os envolvidos, tanto os bônus quanto os ônus, o que pode ocasionar uma concentração indevida, isto é, uma situação de assimetria. É um problema distributivo: não se sabe, pela análise, quem terá um saldo custo-benefício melhor e em que proporção em relação aos demais envolvidos (DEIGHTON-SMITH, 1997, p. 223). Por essa razão, fala-se que tal avaliação necessita de uma outra de modo a complementá-la para que se descubra a direção para onde caminham e, sobretudo, quem suportará os referidos custos e benefícios decorrentes das alternativas (BRASIL. Subchefia de Análise e Acompanhamento de Políticas Governamentais [*et al.*], 2018, p. 54).

Ocorre que algumas das críticas direcionadas a essa metodologia encontram respaldo somente em uma versão caricata do CBA. Hoje, não há países que utilizam esse modelo puro e simplesmente quantificando e monetizando tudo que veem pela frente. Por isso, esse tipo de problema levantado na teoria é rebatido com a prática, e nela se evidencia o *soft* CBA, uma versão suavizada do método supra. Nessa variante, unidades métricas tanto quantitativas como qualitativas de análise são combinadas e apresentadas de maneira sistemática (JACOBS, 2006, p. 34).

Sobre isso, percebe-se que há uma manifestação de alguns países (os quais adotam a proposta de AIR) no sentido de criação de formas metodológicas avaliativas justamente para buscar assistir nessa questão, isto é, para que a análise tenha mais qualidade ao potencializar a extensão de quantificação e monetização de impactos (OCDE, 2009, p. 83).

Enquanto o CBA puro está associado à noção neoclássica de economia com o escopo de maximização de bem-estar ao se seguir a ótica do ótimo de Pareto, o *soft* CBA relaciona-se com a elaboração de políticas públicas, integrativas de múltiplos interesses e objetivos, direcionadas a um devido sopesamento e balanceamento entre os impactos, positivos e negativos, que forem aferidos (JACOBS, 2006, p. 35). Em outras palavras, o primeiro tem um enfoque mais nu e cru do caráter econômico de uma medida regulatória, enquanto o segundo traz para si mais variáveis a se considerar, fazendo com que a decisão regulatória fruto da análise seja mais bem embasada e, por conseguinte, mais completa.

Nota-se que a primeira forma está ligada com a ideia de eficiência de Pareto. Só que tal noção está desvinculada de outras pautas, como a própria noção de justiça. Exemplo disso é que uma situação Pareto-ineficiente será sempre injusta (por não conseguir evitar um dano evitável a outrem), mas o caso Pareto-eficiente nem sempre se manifestará como algo justo (GICO JÚNIOR, 2016, p. 25). Isso porque não se faz juízo de valor diante dessa vertente (DOMINGUES, 2016, p. 41). Acontece que uma medida regulatória não pode seguir linha semelhante, pois trata de um problema cuja complexidade extravasa a mera economicidade.

Sendo assim, a segunda concepção – do *soft* CBA – realmente aparenta ser mais a plausível, até porque sua estrutura integrada desse método de AIR mostra-se mais rigorosa, transparente e consistente em termos de informações



obtidas, sendo plenamente compatível com valores outros, como nos âmbitos social e ambiental (JACOBS, 2006, p. 38).

Outra ideia similar à supracitada é a humanização do CBA, proposta por Cass Sunstein (2014, p. 173-174, *apud* OLIVEIRA, 2015, p. 274), a qual se embasa em quatro pontos. Primeiro, que os custos e benefícios não deveriam se limitar a abstrações aritméticas, sendo captados qualitativamente para que se realize escolha entre os bens em jogo. Em segundo lugar, que o exame deve contemplar aspectos de difícil ou impossível quantificação, a exemplo da dignidade humana. Por terceiro, que a metodologia de avaliação dos impactos e as decisões regulatórias devem considerar embasamentos teóricos comportamentais de um “homem real”, não partindo de mera intuição de um modelo ideal. Em quarto e último, reforça-se o papel contributivo da sociedade em geral na regulação por meio das informações providas à Administração Pública.

#### 3.3.2.2.3. Análise de custo-efetividade

Se o CBA tinha como característica fundamental a abrangência, a análise de custo-efetividade (*cost-effectiveness analysis* – CEA<sup>8</sup>), possui um espectro de atuação mais limitado. Essa forma avaliativa, no entanto, encontra espaço de desenvolvimento quando o anterior não for capaz para tanto (OCDE, 2008b, p. 14), o que leva à conclusão equivocada de que seria esse um método meramente subsidiário. Esse pensamento existe propriamente porque a maioria dos guias orientativos de AIR colocam a análise custo-benefício em primeiro lugar, sendo o CEA uma forma de análise suplementar ou alternativa (OCDE, 2009, p. 75). O guia dos Estados Unidos, contudo, foge dessa tendência ao trazer equivalência entre ambas análises, porém ainda o consenso é de que a análise custo-efetividade tem um papel mais secundário na AIR (OCDE, 2009, p. 75-77).

Pode essa metodologia ser utilizada por meio de duas vias comparativas de custos: por aquelas alternativas que tragam benefícios de ordem semelhante ou por meio de um sistema métrico dos benefícios. Tem sua utilização quando os resultados de uma regulação são variáveis, porém podem ser analisados e

---

<sup>8</sup> Para mais informações acerca dessa metodologia, é possível acessar um documento da OCDE (“*Regulatory Impact Analysis: A Tool for Policy Coherence*”, de 2009) por meio do seguinte link: [https://read.oecd-ilibrary.org/governance/regulatory-impact-analysis\\_9789264067110-en#page1](https://read.oecd-ilibrary.org/governance/regulatory-impact-analysis_9789264067110-en#page1).

cotejados por meio de uma unidade em comum (BRASIL. Subchefia de Análise e Acompanhamento de Políticas Governamentais [*et al.*], 2018, p. 55).

Enquanto o CBA tem um caráter quantitativo, o CEA tende para um lado mais qualitativo, uma vez que os objetivos de uma medida regulatória não serão valorados financeiramente, somente os custos para a obtenção dos mesmos (VALENTE, 2010, p. 97). Por conta disso, seu contexto de existência é justamente quando estão em jogo bens como a vida, a saúde, a segurança e/ou outros aspectos de difícil, ou ao menos questionável, monetização (BRASIL. Subchefia de Análise e Acompanhamento de Políticas Governamentais [*et al.*], 2018, p. 55).

Por ser menos intrusiva no que se refere aos objetivos regulatórios, a análise de custo-efetividade é considerada menos controversa, isso de acordo com Viscusi (1997, p. 183). Quando se fala menos intrusiva, o que se pretende dizer é que a referida análise tira do centro das atenções (em termos financeiros, sobretudo) os fins, não os questionando e deixando apenas os meios em evidência. Por exemplo: em uma medida regulatória para salvar vidas, ao não se colocar um valor monetário sobre uma vida, mas sim um valor abstrato a ela, o cerne da questão fica associado somente a como otimizar esse objetivo de salvamento. Por conta disso, reitera-se que a metodologia encontra espaço de aplicação por aqueles que rejeitam a ideia de uma valoração de cunho estatístico para temas sensíveis como a vida humana ou lesões (OCDE, 2009, p. 39).

Vale dizer que a utilização da metodologia de custo-efetividade não exclui a possibilidade de uso da análise de custo-benefício, até porque a primeira possui limitações que obstarão o alcance da medida ótima, isto é, aquilo que seria mais eficiente para a situação. Na concepção de Viscusi (1997, p. 184), seria necessário um teste – mesmo que implícito – de custo-benefício para que então seja escolhida a melhor medida considerando-se o interesse público e o bem-estar social, isso porque o CEA não faz valoração dos objetivos das medidas, apenas dos efeitos das mesmas.

É por conta dessa inércia no âmbito dos objetivos regulatórios que esse tipo de análise encontra certas posições críticas. Essa falta de questionamento é um aspecto negativo, pois aquilo que é estabelecido como parâmetro nem sempre representará a melhor opção para a sociedade (BRASIL. Subchefia de Análise e Acompanhamento de Políticas Governamentais [*et al.*], 2018, p. 55). Da mesma

maneira que ser uma forma avaliativa menos polêmica pode ser algo bom, pode igualmente ser algo ruim pela estaticidade.

Além disso, essa metodologia não traz meios de comparação entre custos e benefícios, apenas entre custos, o que impede de se descobrir se, em uma medida, os benefícios superam os custos em termos quantitativos (BRASIL. Subchefia de Análise e Acompanhamento de Políticas Governamentais [*et al.*], 2018, p. 55). Em outros termos: essa forma avaliativa peca por não ser capaz de determinar se uma medida vale o risco de sua implementação (JACOBS, 2006, p. 38). Isso, contudo, era de se esperar, já que essa análise tem a presença do aspecto qualitativo, então será insuficiente para a quantificação de certas circunstâncias.

Outro ponto que merece destaque é que ao se estabelecer um sistema de medição dos benefícios, os resultados dele decorrentes nem sempre culminarão em uma resposta definitiva quanto à melhor opção (BRASIL. Subchefia de Análise e Acompanhamento de Políticas Governamentais [*et al.*], 2018, p. 55), pois se faz necessário compreender o contexto e, nele, o quão custosa pode ser uma medida, podendo haver um limite para esses custos. Às vezes algo menos benéfico, contudo menos custoso, será a melhor alternativa, o que iria de encontro a essa forma analítica.

Na mesma seara, essa metodologia encontra limitações por vincular-se a um benefício em particular (VISCUSI, 1997, p. 184), já que é utilizado um sistema métrico de tal ordem. Por conseguinte, não se tem uma captação ampla, do todo real, porém apenas do todo condicionado pelo próprio sistema. Sendo assim, se um problema regulatório em questão não demandar outra senão apenas uma forma de benefício para saná-lo, o CEA pode ser aplicado satisfatoriamente. Do contrário, em situações envolvendo múltiplos benefícios (de ordens variadas), esse método não seria o mais indicado. Em suma: trazendo-se somente alternativas cujos resultados práticos serão similares entre si, resta evidente a restrição do campo de aplicação desse método (DEIGHTON-SMITH, 1997, p. 224).

Por fim, um último ponto a ser mencionado é o fato de que esse tipo de análise já pressupõe a necessidade de intervenção. Parte-se, portanto, do fato de a regulação ser imprescindível dada a situação. Por conta disso, tal metodologia somente poderá ser utilizada após a tomada de decisão quanto à indispensabilidade de intervenção, coisa que o CEA de nada serve para auxiliar (OCDE, 2008b, p. 14).

#### 3.3.2.2.4. Análise de custo

O quarto tipo de avaliação de impacto é a análise de custo (dentro dela, há a forte presença do *compliance cost assessment* – CCA<sup>9</sup>). Próximo dos últimos dois já trazidos à tona, esse se diferencia por ter caráter mais simples, pois a comparação limita-se aos custos das opções. Busca-se aqui, obviamente, a via de menor custo para obter-se certo benefício (BRASIL. Subchefia de Análise e Acompanhamento de Políticas Governamentais [*et al.*], 2018, p. 55).

Os custos de conformidade são aqueles necessários tanto à implementação da medida pela Administração Pública quanto a tudo que envolva o cumprimento da mesmas pelas figuras afetadas. Tais custos envolvem os fardos administrativos, os custos substantivos de conformidade e aqueles de cumprimento e administração. O primeiro associa-se com as obrigações informacionais decorrentes da regulação. O segundo, por sua vez, são os custos para além do aspecto administrativo de um ator afetado: custos de implementação, de trabalho, de equipamentos, de materiais, de serviços externos e despesas gerais. O terceiro, finalmente, são os custos suportados pelo poder público para fazer valer a medida implementada, a exemplo de encargos com publicidade ou de aplicação de um novo sistema de licenças ou registros (OCDE, 2014, p. 12-13).

Há, contudo, custos além dos supracitados, tais como os de ordem financeira (capital utilizado para o cumprimento das obrigações decorrentes da regulação); os custos indiretos (incidentais ao propósito da regulação, os quais podem comumente atingir terceiros); os de oportunidade (realocação de recursos para cumprimento da medida, fazendo com que se deixe de usá-los da maneira mais produtiva possível); e os de caráter macroeconômico (impacto da medida regulatória a aspectos como o PIB e a taxa de desemprego), os quais igualmente englobam a categoria de custos totais regulatórios (OCDE, 2014, p 14-15).

Se de um lado tem como pontos positivos a objetividade de demonstrar, sem rodeios, os custos gerais que envolvem cada alternativa, bem como trazer o limite de custo que a sociedade está disposta a arcar (VALENTE, 2010, p. 102),

---

<sup>9</sup> Para mais informações acerca dessa metodologia, é possível acessar um dos guias da OCDE (“OECD regulatory compliance cost assessment guidance”, de 2014) por meio do seguinte link: <https://www.normenkontrollrat.bund.de/resource/blob/244032/444040/bb5c3d481212a08f42ccd07e0edc471e/oecd-regulatory-compliance-cost-guidance-data.pdf>

tem-se como desvantagem óbvia o fato de não levar em consideração os benefícios na análise. Isso significa que opções com custos similares ou até mesmo iguais não conseguem ser diferenciadas, assim como impede a descoberta de qual será mais benéfica e, por conseguinte, qual deveria sobrepor-se às demais (BRASIL. Subchefia de Análise e Acompanhamento de Políticas Governamentais [*et al.*], 2018, p. 55).

#### 3.3.2.2.5. Análise de risco

A quinta metodologia é chamada análise de risco (*risk analysis* – RA<sup>10</sup>). Aqui, um elemento novo é trazido, evidentemente explicitado em seu próprio nome: o risco. Essa forma avaliativa tem sua aplicação quando o problema regulatório constatado anteriormente for um tipo de risco, sendo almejada sua minimização. Perceba-se que esse risco está associado ao problema, não às alternativas trazidas. As alternativas são, portanto, as maneiras pelas quais se buscará a redução desse risco. O exame serve justamente para que se encontre a medida mais eficiente ao se considerar o risco como seu elemento basilar (BRASIL. Subchefia de Análise e Acompanhamento de Políticas Governamentais [*et al.*], 2018, p. 56).

No âmbito regulatório, há de se fazer três considerações acerca da noção de risco. A primeira delas é que os conceitos para risco regulatório são variáveis, isso a depender do contexto de inserção. A segunda é que como construções regulatórias que são, esses conceitos estão vinculados a propósitos específicos dentro desse campo: existe uma influência institucional (FISHER, 2006, *apud* OCDE, 2010, p. 54) além dos aspectos científicos de uma conceituação. A terceira, por fim, é que esses modelos conceituais de risco – pela maneira e influência com a qual foram concebidos – tendem a valorizar o rigor analítico, bem como a quantificação (OCDE, 2010, p. 52).

Como ponto positivo, traz essa metodologia a capacidade de identificação, dentre as possíveis soluções, aquela que melhor reduzirá o risco em questão. Essa, contudo, é uma análise um tanto quanto superficial, pois não contempla a existência

---

<sup>10</sup> Para mais informações acerca dessa metodologia, é possível acessar um dos guias da OCDE (“Risk and regulatory policy: Improving the governance of risk”, de 2010) por meio do seguinte link: [https://read.oecd-ilibrary.org/governance/risk-and-regulatory-policy\\_9789264082939-en#page1](https://read.oecd-ilibrary.org/governance/risk-and-regulatory-policy_9789264082939-en#page1).

óbvia de custos para a redução dos riscos, assim como não avalia os impactos para além do mero risco (BRASIL. Subchefia de Análise e Acompanhamento de Políticas Governamentais [et al.], 2018, p. 56). Por basear-se única e tão somente na variável do risco, mostra-se um tipo de análise simplório demais a depender do que se está em jogo.

#### 3.3.2.2.6. Análise de risco-risco

A última metodologia aqui apresentada é a chamada análise risco-risco (*risk-risk analysis* – RRA<sup>11</sup>). Esta deriva de um ancestral comum à anterior, que é o risco, porém com um desdobramento a mais: além dos riscos diretos, contempla-se na avaliação os riscos indiretos que cada alternativa pode vir a trazer (BRASIL. Subchefia de Análise e Acompanhamento de Políticas Governamentais [et al.], 2018, p. 56).

Desse modo, tem sua aplicação para medir o impacto líquido das alternativas tendo por base o risco total, isso em um contexto no qual um risco pode ser substituído com o surgimento de outro (BRASIL. Subchefia de Análise e Acompanhamento de Políticas Governamentais [et al.], 2018, p. 56). Grosso modo, é uma forma de comparar riscos: de um lado, há o risco inicial, decorrente do problema regulatório; de outro, existe o risco derivado da potencial alternativa encontrada para reduzir ou resolver o risco inicial. Disso, verifica-se se o risco derivado tem capacidade de anular ou não os benefícios de uma medida direcionada ao risco inicial, descobrindo-se se vale a pena ou não a implementação de uma alternativa por conta do aumento de risco em outras áreas.

Em função de uma preocupação com aspectos que extravasam o contexto do problema regulatório, é possível afirmar que o alcance desse tipo é maior que o da análise de risco, haja vista que a consideração do risco total permite uma abordagem mais ampla e inclusiva. Em contrapartida, tem-se o problema da definição e posterior compreensão do saldo final dos riscos: nem sempre será algo fácil realização, ainda mais ao se considerar riscos de ordens distintas (BRASIL. Subchefia de Análise e Acompanhamento de Políticas Governamentais [et al.],

---

<sup>11</sup> Para mais informações acerca dessa metodologia, é possível acessar um dos guias da OCDE (“Risk and regulatory policy: Improving the governance of risk”, de 2010) por meio do seguinte link: [https://read.oecd-ilibrary.org/governance/risk-and-regulatory-policy\\_9789264082939-en#page 1](https://read.oecd-ilibrary.org/governance/risk-and-regulatory-policy_9789264082939-en#page 1).

2018, p. 56). É o problema da incomensurabilidade dos riscos (VISCUSI, 1997, p. 176). Sendo assim, mesmo que teoricamente mais completo que o método anterior, continua sendo de dificultada aplicação a depender do caso concreto.

Outro aspecto que reforça a referida dificuldade é que se faz necessário um trabalho coordenado e integrado para que sejam elaboradas técnicas que concentrem uma redução múltipla de riscos (WIENER, 2006, p. 17, *apud* OCDE, 2009, p. 43). Ocorre que o crescimento de análises parciais<sup>12</sup> vai de encontro a essa concepção, fazendo com que essa coordenação se torne mais árdua de ser obtida.

### 3.3.3. Fase inicial: etapa final – Relatório de AIR, consulta pública e sugestão de medida

#### 3.3.3.1. Relatório de AIR

Uma vez realizada a análise em sentido estrito, qual seja, a aplicação de uma ou mais metodologias de análise de impacto das alternativas elencadas, passa-se ao momento final dessa primeira etapa: a conclusão da minuta do Relatório de AIR, que representa o aspecto material da Análise. É evidente que todas as etapas anteriores foram devidamente documentadas e registradas no decorrer dos seus respectivos acontecimentos, contudo é agora que o mesmo tomará suas formas definitivas.

O que se recomenda aqui é concisão, objetividade e acessibilidade (BRASIL. Subchefia de Análise e Acompanhamento de Políticas Governamentais [*et al.*], 2018, p. 57). Primeiramente, concisão por razões óbvias e até mesmo clichês: menos é mais. Deve-se buscar em tudo uma forma mais simplificada, sem complicações, e no Relatório não seria diferente. Em segundo, objetividade por iguais motivações. A objetividade leva ao lugar que se pretende chegar sem mais delongas. Por último, acessibilidade em nome de valores como a transparência e a publicidade. Por mais que seja um documento de caráter técnico, é algo que deve buscar a inclusão social, seja por meio da utilização de uma linguagem mais

---

<sup>12</sup> Uma análise parcial é aquela que examina impactos regulatórios para determinado setor da economia ou da sociedade, podendo cada figura estar envolvida em formas e intensidades distintas. A análise geral, por sua vez, contempla os impactos para a economia ou sociedade de maneira geral, sendo uma forma de avaliar consequências inter e extrassistêmicas da regulação (OLIVEIRA, 2015, p. 276).

próxima da realidade vivenciada pelo homem comum, seja por meio da divulgação e da consulta pública.

No Relatório, além de naturalmente conter a trajetória até aqui percorrida, deve-se dar enfoque aos resultados obtidos pela aplicação das metodologias supracitadas. Para tanto, recomenda-se que cada alternativa deve ser apresentada, de maneira sintética, constando: i) o nível do alcance dos objetivos definidos primariamente – qual seja, a efetividade da opção; ii) a relação entre os custos e benefícios – ou qualquer outro aspecto em que se possa aferir a eficiência da opção; e iii) a coesão e correspondência com os objetivos estratégicos de atuação do ente regulador – isto é, a coerência da opção, até porque aquele que tomará a decisão não o fará de maneira a contrariar seus pressupostos (BRASIL. Subchefia de Análise e Acompanhamento de Políticas Governamentais [*et al.*], 2018, p. 57).

Ademais, atenta-se para o fato de que além de todos os aspectos diretos, todas as questões derivadas das alternativas devem estar explicitadas. Isso, é claro, da maneira mais abrangente possível, para que o ente regulador esteja ciente do maior número de informações para que possa decidir da melhor maneira possível em termos de fundamentação (BRASIL. Subchefia de Análise e Acompanhamento de Políticas Governamentais [*et al.*], 2018, p. 57).

A disposição das alternativas será dada em ordem de preferência (BRASIL. Subchefia de Análise e Acompanhamento de Políticas Governamentais [*et al.*], 2018, p. 57), colocando em evidência justamente a opção a qual mostrou melhores possíveis resultados levando em conta as circunstâncias do caso concreto. É preciso chegar a uma conclusão após a aplicação metodológica, sendo essa conclusão, em suma, a sugestão de uma medida regulatória.

Faz-se um adendo à possibilidade de que, realizada a AIR, perceba-se que não foi o suficiente que se alcançasse uma conclusão satisfatória, seja por envolver algo grande, complexo, inédito, sensível, incerto, arriscado ou qualquer outra razão que impossibilitou uma avaliação bem-sucedida naquele instante. Diante disso, a Análise terá prosseguimento com a denominada AIR Nível II, na qual se dará maior prioridade para técnicas de cunho quantitativo. Ademais, alguns outros elementos serão essenciais para tanto: o levantamento da experiência internacional quanto ao problema em questão; a mensuração ampliada dos impactos, considerando-se mais figuras da sociedade; e a abordagem do risco (BRASIL. Subchefia de Análise e Acompanhamento de Políticas Governamentais [*et al.*], 2018, p. 29).



Nesse documento, por fim, ainda serão elaboradas estratégias específicas para os momentos posteriores (isso, é claro, considerando que o responsável pela regulação decida de acordo com o recomendado), quais sejam: a implementação da medida sugerida, além de técnicas para o monitoramento e a fiscalização de seu cumprimento (BRASIL. Subchefia de Análise e Acompanhamento de Políticas Governamentais [*et al.*], 2018, p. 28).

### 3.3.3.2. Consulta pública

Depois de concluída a minuta do Relatório de AIR, passa-se à fase de consulta pública. Esse é o último momento de participação social antes da tomada de decisão, no qual os interessados poderão verificar a Análise em seu estado final provisório e contribuir com sugestões. O mais importante aqui é a manutenção da relação de fidúcia entre o ente regulador e a sociedade (VALENTE, 2010, p. 59). Com noções de inclusão e transparência, fortalece-se a legitimidade democrática dessa ferramenta.

Um sistema que pressupõe a participação das partes interessadas nele é um modelo que reconhece que o poder público não detém o monopólio de toda a expertise associada ao tema em questão, permitindo que outras figuras exsurjam e contribuam com informações e conhecimentos significativos. Ainda, aproxima os administrados da Administração Pública, já que busca o envolvimento efetivo dos afetados com a contribuição no âmbito regulatório. A participação dessas figuras pode ser de mero provedor informacional, mas também podem ter atuação ativa e direta na construção, implementação e avaliação de uma medida regulatória (OCDE, 2017, p. 3).

A forma de consulta ao público é realizada por meio de disponibilização *on-line* do Relatório, dos dados e afins, tendo duração mínima de 45 (quarenta e cinco) dias, salvo nos casos excepcionais devidamente justificados. Os apontamentos trazidos deverão ser disponibilizados publicamente em até de 10 (dez) dias úteis, sendo a resposta para os mesmos em até 30 (trinta) dias úteis quando da deliberação final do ente regulador quanto à matéria (BRASIL. Subchefia de Análise e Acompanhamento de Políticas Governamentais [*et al.*], 2018, p. 16).

Existe, em caso de matéria de relevância e a critério do ente regulatório, a possibilidade de realização de uma audiência pública, disponibilizando as mesmas

informações supracitadas com até 5 (cinco) dias úteis de antecedência. Os resultados da mesma deverão estar disponíveis em até 30 (trinta) dias úteis do encerramento da audiência. Em casos de maior complexidade, admite-se a prorrogação justificada desse prazo somente uma vez (BRASIL. Subchefia de Análise e Acompanhamento de Políticas Governamentais [*et al.*], 2018, p. 17).

Note-se que a consulta pública não exclui a possibilidade de haver intervenções ao longo da Análise – e tampouco se confunde com essa noção. A ideia de manifestações e contribuições públicas durante o processo é algo bem-vindo para que se acresça em precisão e qualidade a AIR. Estas, inclusive, constarão de maneira sucinta no próprio Relatório (BRASIL. Subchefia de Análise e Acompanhamento de Políticas Governamentais [*et al.*], 2018, p. 64), igualmente em nome da transparência e da participação social.

#### 3.3.3.3. Sugestão de medida regulatória

Finalizados todos os processos anteriores, tem-se concluído em definitivo o Relatório de AIR. Agora, serão submetidas ao responsável pela tomada de decisão (um órgão superior do ente regulatório, possivelmente) todas essas informações para que, devidamente instruído e embasado, aja.

Reitera-se aqui o caráter não vinculativo da Análise, isto é, há um espaço de discricionariedade no que concerne à adoção da medida regulatória que foi sugestão. Com base no que for apresentado, o responsável pode ou não acatar essa sugestão, tendo possibilidade de caminhar em direção oposta ao que foi avaliado. Isso pode ocorrer por razões de oportunidade e conveniência ou caso julgue-se equivocado ou falho o procedimento da AIR para aquele caso (VALENTE, 2010, p. 60).

Em última análise, o ente regulatório tem a palavra final quanto à regulação. A AIR, contudo, tem papel importante em guiar – por meio de uma ferramenta de caráter sistemático e objetivo – para o que, em tese, seria a melhor opção à situação em questão.

Vale dizer, no entanto, que a decisão que expressamente contrarie o disposto na Análise deverá ser motivada, sendo justificada de maneira explícita. Isso tem uma função significativa quando se fala em controle decisional pelas

demais instâncias, tais como o Tribunal de Contas e o Poder Judiciário (VALENTE, 2010, p. 61).

#### 3.3.4. Fase intermediária: implementação da medida

É uma fase autoexplicativa, sendo justamente aquele instante que sucede a decisão regulatória. Com a decisão já tomada, resta apenas se utilizar dos meios pensados para sua implementação. Caso o responsável opte pelas recomendações feitas quando da elaboração do Relatório de AIR, basta seguir com as estratégias lá dispostas para que se saia do papel à realidade.

Há, contudo, de se atentar quanto a alguns desafios para a implementação – até porque mesmo em países mais experientes no que concerne à utilização de uma ferramental tal qual a AIR, os potenciais benefícios dela decorrentes apenas são obtidos parcialmente (DEIGHTON-SMITH, 1997, p. 214). Os primeiros são de ordem técnica, os quais se referem ao grau de complexidade da intervenção a ser realizada. Os segundos são organizacionais, que ocorrem quando a medida a ser colocada em prática acaba por influenciar na estrutura organizacional (o que pode trazer eventuais custos) associada à questão. Finalmente, os terceiros são os de caráter temporal, isto é, dizem respeito ao prazo de implementação: deve-se pensar no momento devido para a atuação regulatória, de modo que se inoportuna, pode gerar certos malefícios (ANVISA, 2018, p. 84).

No que concerne às estratégias em si, estas devem ser elaboradas com base na simplicidade, na clareza e na imposição dos menores custos possíveis a todos os envolvidos. Para tanto, recomenda-se, segundo Brasil (Subchefia de Análise e Acompanhamento de Políticas Governamentais [*et al.*], 2018, p. 60-61), contemplar alguns elementos como:

- a) Se é necessária a elaboração de algum tipo de instrumento: edição de normas, a definição de registros ou licenças, a elaboração de material de informação ou educação, etc;
- b) Se são necessárias penalidades no caso de não conformidade e que tipo de sanções são recomendadas;
- c) Prazo recomendado para a ação entrar em vigor e se é desejável um prazo máximo para sua vigência ou revisão;
- d) Se há necessidade de alteração ou de revogação de outras normas em vigor;
- e) Se há necessidade ou recomendação do envolvimento ou de coordenação com outros órgãos ou instituições;

- f) Quais áreas da agência, órgão ou entidade devem ser envolvidas na implementação;
- g) Se a implementação demanda dados ou informações específicas, se essas informações estão disponíveis ou se é necessária alguma atividade para obtê-las;
- h) Se é necessário algum plano de comunicação ou divulgação específico, internamente e externamente à agência, órgão ou entidade; e
- i) Se é necessário algum tipo de preparação específica ou adaptação interna da agência, órgão ou entidade para a implementação da ação e qual o tempo necessário, como, por exemplo, criação ou adaptação de sistemas, capacitação de servidores, alterações em processos de trabalho, contratação e realocação de pessoal, etc.

Diz-se que o planejamento associado à implementação não deveria ser deixado somente ao ápice final do procedimento, mas ser construído conjuntamente com a própria intervenção regulatória durante a realização da Análise. Desse modo, seria um ponto a mais – em termos de custos, riscos e outras possíveis variáveis analíticas – a ser pensado e considerado durante o exame de viabilidade das alternativas (ANVISA, 2018, p. 82-83).

Em suma, aqui se faz a materialização da atuação regulatória, já que é quando ocorre a transformação no mundo da ação, seja pelo fazer ou pelo deixar de fazer alguma coisa (O'TOOLE JR, 2000, p. 4). Há quem considere a implementação não apenas o ato regulatório, mas também a relação causa-efeito decorrente do mesmo e os resultados evidenciados. O referido autor (2000, p. 4), contudo, é adepto da noção de separação entre esses momentos, sendo o impacto trazido ao problema regulatório um assunto não concernente à ideia de mera implementação. Desse modo, entra em cena o momento final do ciclo da AIR.

### 3.3.5. Fase final: fiscalização e monitoramento da medida e análise de resultado regulatório

Depois da sua implementação, não se deixa ao léu a medida regulatória. Pelo contrário, há estratégias para que se tenha controle do cumprimento das obrigações decorrentes da medida – a fiscalização –, e do atingimento de metas predefinidas – o monitoramento (BRASIL. Subchefia de Análise e Acompanhamento de Políticas Governamentais [et al.], 2018, p. 89). O sucesso ou insucesso da implementação depende não somente da atividade regulatória em si, mas também da manutenção da preocupação após essa atuação.

Por conta do disposto mais acima e até mesmo para evitar aquela ideia de que instrumentos normativos regulatórios “não pegam” (ANVISA, 2018, p. 85), fala-se em técnicas de fiscalização e monitoramento da regulação.

Certas regulações exigem algum tipo de atividade fiscalizatória para que tudo fique dentro dos conformes. Considerando esse importante detalhe, segundo Brasil (Subchefia de Análise e Acompanhamento de Políticas Governamentais [*et al.*], 2018, p. 61), há que se debruçar a atenção sobre algumas coisas:

- a) Tipo de fiscalização recomendada: preventiva, orientativa, inspeção com frequência pré-definida, inspeção aleatória ou seletiva, auditoria, visitas técnicas, testes de conformidade, canais de denúncia e reclamação, etc;
- b) Quais áreas serão responsáveis pela fiscalização;
- c) Se a agência, órgão ou entidade possui a infraestrutura, recursos, equipamentos, pessoal necessários para a efetiva fiscalização;
- d) Se a fiscalização demanda dados ou informações específicas e se essas informações estão disponíveis ou se é necessária alguma atividade para obtê-las;
- e) Se é necessário algum tipo de preparação específica ou adaptação interna para a atividade de fiscalização e qual o tempo necessário; e
- f) Se os custos de fiscalização são compatíveis e proporcionais aos objetivos que se pretende alcançar.

As estratégias para monitoramento dos resultados, por sua vez, envolvem a elaboração de indicadores, os quais são capazes de conferir o atingimento ou não do que se espera com a medida, tendo por cenário base o momento anterior à implementação. Os indicadores – provenientes do próprio ente associado à medida, de outras instituições ou criados com propósito específico à situação em questão (ANVISA, 2018, p. 87) – podem ser de variados tipos: de eficiência, de eficácia, de impacto, de atraso, entre outras formas, isso a depender da necessidade no caso concreto (BRASIL, 2018, p. 61-62).

Um indicador deve apoiar-se nas seguintes características: validade (deve ser útil na medição do objeto em questão), confiabilidade (caráter de cientificidade), especificidade (ater-se somente à temática em foco), sensibilidade (capacidade de aferir eventuais mudanças), relevância (providenciar respostas que sejam devidas, principalmente nos aspectos mais significativos) e mensurabilidade (associada à ideia de dados e de objetividade) (ANVISA, 2018, p. 87).

Sobre esse último, como se pretende dar tons objetivos para a medição dos resultados, fala-se na preponderância da expressão quantitativa dos indicadores – tais como valores, percentuais, médias, taxas, índices e outros. Já um indicador

qualitativo, a seu turno, somente encontra sua viabilidade quando for possível sua verificação objetiva (BRASIL. Subchefia de Análise e Acompanhamento de Políticas Governamentais [et al.], 2018, p 61).

Mais do que observar o cumprimento ou não de metas e objetivos, essa etapa serve também como fonte de informações para a hipótese de se realizar uma revisão da medida regulatória instaurada. É preciso que com o monitoramento fique claro, dentro do possível, em que ponto houve determinada falha, bem como deve-se proporcionar um direcionamento no sentido do devido cumprimento da medida (BRASIL. Subchefia de Análise e Acompanhamento de Políticas Governamentais [et al.], 2018, p. 63).

Por fim, há que se explicitar brevemente a chamada Análise de Resultado Regulatório (ARR), a qual não se confunde com os atos expostos supra. Trata-se de um processo para verificar se os objetivos pretendidos por uma medida regulatória foram ou não atingidos, constatando o que de fato veio a acontecer<sup>13</sup>. Não é uma estratégia, é uma forma avaliativa *ex post*, servindo para fortalecer ainda mais o ciclo da política regulatória com possibilidades de exame de processo, de impacto e de ordem econômica (REINO UNIDO, 2011, p. 18-20). Recomenda-se sua aplicação nos casos mais complexos, nos quais se chegou à AIR Nível II, ou quando houve a dispensa da AIR pela hipótese de urgência (BRASIL. Subchefia de Análise e Acompanhamento de Políticas Governamentais [et al.], 2018, p. 89-90).

Assim, conclui-se o ciclo regulatório, com o retorno ao momento inicial da AIR se a medida não foi eficaz quanto ao que foi identificado anteriormente (revisão) ou, ainda, se for evidenciado um novo problema no setor (com a necessidade de uma nova Análise), seja por consequência ou não da atuação regulatória prévia. Como é algo cíclico, não tendo caráter de finitude, a tendência é de que justamente vá aperfeiçoando-se a regulação em termos de qualidade, dadas as necessidades que forem evidenciadas com o passar do tempo.

---

<sup>13</sup> Veja bem, não se fala nas metas definidas anteriormente, as quais se vinculam às estratégias de monitoramento, mas aos objetivos provenientes da atuação regulatória em si. Enquanto os atos de fiscalização e de monitoramento são estratégias associadas à avaliação primária, que é a AIR, a ARR é uma espécie de checagem secundária da atuação regulatória, sendo uma ferramenta de reforço.

#### 4. CONSIDERAÇÕES FINAIS

O objetivo fundamental de um instrumento tal qual a AIR é, em suma, propiciar uma melhor orientação, com maior subsídio, para que se tenha a tomada de decisão dentro do âmbito regulatório (BRASIL. Subchefia de Análise e Acompanhamento de Políticas Governamentais [*et al.*], 2018, p. 13).

Acontece que esse não é nem de longe o único objetivo, há diversos outros. Quando se fala em melhor orientação e subsídio, é porque se pretende com isso maior eficiência das decisões tomadas. Não apenas isso: espera-se maior coerência, robustez técnica, previsibilidade e qualidade<sup>14</sup> (BRASIL. Subchefia de Análise e Acompanhamento de Políticas Governamentais [*et al.*], 2018, p. 13). É a ideia de que se traga maior objetividade a um campo no qual ainda existe um espaço à atuação discricionária administrativa. Essa objetividade, porém, é decorrente de informações e avaliações, isto é, algo claramente embasado.

É justamente nesse sentido que se aponta a necessidade de se atribuir um caráter vinculativo à AIR, isso porque, assim sendo, as regulações indevidas ou infundadas perderiam quase que totalmente seu espaço de existência.

Diz-se “quase” porque, mesmo com um instrumento do porte da Análise, erros ainda podem ser cometidos, resultando, por exemplo, em medidas que não sejam muito eficazes ou que talvez não fossem as melhores opções aos seus respectivos casos.

Mesmo assim, seria essa uma forma de conter o mal das más escolhas pela raiz, já que – uma vez presentes todos os requisitos para a instauração de uma AIR – a Administração Pública não poderia seguir outro caminho senão esse, estando sujeita às sugestões que forem dadas depois de finalizado todo o procedimento explicitado no capítulo anterior. Essa mudança – partindo-se de uma noção de direito de boa administração – traria uma vinculação racional dos responsáveis pela decisão regulatória, o que resultaria em uma avaliação das consequências

---

<sup>14</sup> Diz-se que há qualidade regulatória quando o sistema normativo tem eficácia no que diz respeito a seus custos, assim como no que concerne aos seus objetivos (tanto em termos normativos quanto políticos), sendo também algo transparente e que permita responsabilização (OCDE, 2004). A título de curiosidade, o Brasil figurava, em 2008, apenas na oitava posição de qualidade regulatória na América Latina (KAUFMANN; KRAAY; MASTRUZZI, 2009), uma colocação bem aquém das capacidades do país.

sistêmicas das opções decisórias (FREITAS, 2015, p. 118), culminando, por fim, em regulações mais embasadas e mais justificadas.

Reforça-se, dessa maneira, que é de grande importância a precisa e devida delimitação da aplicação desse instrumento, estabelecendo-se requisitos a serem preenchidos para evitar sua utilização indistinta e imoderada.

Sobre esse tópico, vale a pena fazer menção à hodierna atuação de algumas agências reguladoras brasileiras que, por conta do PRO-REG<sup>15</sup>, já adotaram uma postura mais ativa de utilização da Análise para embasar suas respectivas decisões, possuindo, inclusive, guias orientativos nesse sentido. Esse foi um movimento de consolidação da AIR sem a necessidade de um caráter vinculativo da mesma.

Há de se notar que a perda de discricionariedade é, até mesmo, um ganho para a força da coletividade. Isso em razão do modelo sobre o qual se funda a Análise: a participação social. Com o aumento de transparência e de compreensão quanto ao processo regulatório, a sociedade como um todo fica mais presente e ativa nesse contexto (BRASIL. Subchefia de Análise e Acompanhamento de Políticas Governamentais [*et al.*], 2018, p. 13), seja pela simples compreensão dos problemas regulatórios existentes e de todo o procedimento da AIR, seja pela possibilidade de contribuição para que esse último seja realizado da melhor maneira possível.

É claro que a instauração de uma ferramenta desse porte implica custos: tanto financeiros, para sua efetiva realização, quanto temporais, restando o problema não solucionado até finda e implementada a Análise. Sobre isso, é preciso, então, saber avaliar o saldo entre tudo aquilo que se gasta com uma AIR (inclusive também aquilo que se atrasa pela inércia momentânea) em comparação ao que se obtém com a mesma (SHAPIRO; MORRALL, 2013).

Além do mais, deve-se atentar para outro aspecto. Esse instrumento não pode acabar por burocratizar excessivamente a edição de atos administrativos de cunho regulatório (ARAGÃO, 2010, p. 14).

---

<sup>15</sup> O Programa de Fortalecimento da Capacidade Institucional para Gestão em Regulação (PRO-REG), criado em 2007, surge justamente visando instituir um programa associado à melhoria qualitativa da regulação, isso por meio de “identificação de experiências e de oportunidades de aperfeiçoamento da capacidade institucional para a gestão dos órgãos reguladores” (ASSUNÇÃO, 2013, p. 18). A sua instauração, pelo Decreto nº 6.062/2007, foi um momento importante para que se fortalecesse os passos da AIR no Brasil (OLIVEIRA, 2015, p. 286). O papel desse programa está predominantemente concentrado em cursos de capacitação (CASTRO, 2014, p. 335).



Os pontos acima explicitados merecem, pois, cuidado, já que evidenciam que o tiro dado pela AIR pode acabar saindo pela culatra. É considerando esse contexto, inclusive, que se deve sempre verificar a possibilidade não interventiva quando da realização da Análise, justamente para que se possa evitar desde logo uma medida ineficiente.

Seguindo-se essa linha, Jacobs (2006, p. 8) também traz alguns aspectos de complicação. Um deles é o declínio de qualidade regulatória em alguns casos, em razão do insuficiente investimento na Análise tanto em termos de habilidade quanto de supervisão para um contexto de aplicação muito ampla e monitoramento intenso. Outro, mais crucial, é o problema com a própria qualidade da análise, isto é, a falta de quantificação e de um rigoroso exame das alternativas. A isso também se pode atribuir a falta de investimento geral, mas também a desatenção quanto a aspectos para uma análise de boa qualidade, tal qual a disponibilidade de informações a um custo razoável. Por fim, pode-se também citar a priorização inadequada de recursos para a AIR como outra questão negativa.

Por conta disso, não se pode depositar confiança de maneira cega na AIR como se fosse uma pílula médica milagrosa, a qual impreterivelmente traria melhoras ao país. Pelo que se expôs, pode-se afirmar, sim, que há uma tendência à otimização da qualidade regulatória e consequentemente dos setores regulados, mas da mesma maneira que a AIR traz em seu âmago a noção de eficiência, esta igualmente deve ser alvo de um exame para verificar a sua própria eficiência prática.

A avaliação da Análise, portanto, é algo significativo, já que contribui para a melhoria própria, podendo ocorrer em diversos níveis: em conteúdo (a relação entre o procedimento adotado e o aspecto material em termos de recomendações); em resultado em si (indo além do caráter conformativo, examinando a qualidade da avaliação realizada); em resultado transformativo (verifica-se as reais alterações no âmbito da qualidade regulatória); e em impacto (engloba as mudanças na qualidade regulatória considerando-se objetivos econômicos, sociais e ambientais de caráter mais amplo) (KIRKPATRICK; PARKER, 2007, p. 6).

De todo modo, por mais que se tragam aspectos que revelem maior cautela com relação à Análise, tem-se que a recepção geral brasileira dessa ferramenta foi boa em um primeiro momento. Depreende-se isso pela visualização do relatório da consulta pública daquilo que veio a se tornar um documento oficial denominado “Diretrizes gerais e guia orientativo para elaboração de Análise de Impacto

Regulatório - AIR”, o qual demonstrou uma aceitação quase que unânime em favor do proposto. Além do mais, aproximadamente 20% das contribuições dadas foram acatadas, mostrando desde já uma aproximação com a participação social efetiva que é pretendida com a Análise (BRASIL. Subchefia de Análise e Acompanhamento de Políticas Governamentais [*et al.*], 2017, p. 6-18). Todo esse contexto deixa clara a legitimidade democrática de uma figura tal qual a AIR no Brasil.

O que se buscou com o presente trabalho foi apresentar e compreender de modo mais sistemático essa figura que já é mais presente no contexto internacional, porém agora se atentando à possibilidade de instauração no caso brasileiro. Ao se demonstrar todos os meandros concernentes à AIR, pretende-se justamente instigar quanto à necessidade da mesma. Sobre essa temática, inclusive, a OCDE (2008c, p. 8) já trouxe em um relatório uma recomendação expressa de adoção da Análise e de outras ferramentas de qualidade regulatória. Alguns anos depois, reforçou-se essa ideia com o documento “Recomendação do Conselho sobre política regulatória e governança” (OCDE, 2012, p. 4), o qual trazia a integração da Análise com políticas públicas e propostas regulatórias.

Diante de todo o disposto supra – tanto os aspectos circundantes da Análise quanto a própria Análise em si –, resta evidente que é uma ferramenta cuja aplicação devida, isto é, de maneira oportuna, clara e transparente (OCDE, 2008c, p. 36), pode ser muito benéfica ao Brasil, tanto no aspecto de atingir resultados buscados com as regulações quanto com a conformidade com os valores de uma boa governança, tais quais a proporcionalidade, o foco, a consistência no processo de tomada de decisão, a responsabilização e a transparência em todo o processo (KIRKPATRICK, 2007, p. 3).

Para tanto, alguns aspectos não de ser contemplados, de acordo com Oliveira (2015, p. 298-299). Em primeiro lugar, reitera-se a questão da institucionalização<sup>16</sup> sistemática da Análise por meio de normas legais e

---

<sup>16</sup> Sobre essa questão, inclusive, já se demonstra um forte avanço no sentido vinculativo da AIR pela edição de diplomas normativos que já trazem em seu bojo disposições quanto a isso. Para exemplificar, cita-se a Lei nº 13.874/2019 (a antiga Medida Provisória nº 881/2019, da liberdade econômica), a qual, em seu Capítulo IV, art. 5º, *caput*, traz que “as propostas de edição e de alteração de atos normativos de interesse geral de agentes econômicos ou de usuários dos serviços prestados, editadas por órgão ou entidade da administração pública federal, incluídas as autarquias e as fundações públicas, serão precedidas da realização de análise de impacto regulatório, que conterà informações e dados sobre os possíveis efeitos do ato normativo para verificar a razoabilidade do seu impacto econômico”, sendo o seu parágrafo único sobre a presença de um regulamento que dê contornos mais específicos à Análise. Outro caso é o da Lei nº 13.848/2019, em

regulamentares, coisa que a tornaria obrigatória para os casos nos quais os critérios essenciais fossem cumpridos (OLIVEIRA, 2015, p. 276). Sobre isso, fala-se que a AIR deveria ser compreendida como uma ferramenta governamental, não um programa específico associado a uma agência reguladora, coisa que até então é o que ocorre (CASTRO, 2014, p. 332). De todo modo, o sucesso da implementação depende dos mecanismos de incentivo ao uso da AIR considerando-se principalmente esse contexto das agências reguladoras – sem, é claro, deixar de lado o papel do governo central e também da capacidade das partes interessadas (CASTRO, 2014, p. 334).

Em segundo lugar, almeja-se uma padronização, ao menos mínima, com a presença de normas de caráter geral, isso para que se propicie uma base para a aplicação da Análise em termos de uniformidade. Uma determinação mais precisa das maneiras de utilização da AIR é essencial para que a mesma seja bem-sucedida (CASTRO, 2014, p. 335). Estabelecendo uma linguagem e procedimento comuns, além de outras formas de incentivo ao reconhecimento desse instrumento, é possível não apenas facilitar a sua implementação, mas também a sua aceitação perante a sociedade no geral (CASTRO, 2014, p. 332-334).

Em linha similar, tem-se o que aponta Aragão (2010, p. 11-12), o qual trata da necessidade de coordenação<sup>17</sup> da AIR, porém sem que se perca a independência existente nas agências reguladoras com caráter mais autônomo. É pelo critério da proporcionalidade que se ponderará a relação entre coordenação e independência, uma vez que se mostram figuras opostas. Por fim, o referido autor (2010, p. 12-13) aduz que a Análise deve dar-se da maneira mais abrangente possível, englobando todas as instâncias regulatórias – isto é, todos os setores reguláveis ou, até mesmo, todas as áreas que envolvam edição de atos administrativos de efeitos gerais.

Em terceiro lugar, fala-se na elaboração de agendas regulatórias com ampla participação para definições prévias quanto a essa temática, desde que respeitados os limites orçamentários existentes. Isso mostra que essa ferramenta se encontra

---

seu Capítulo I, arts. 4º a 13, os quais se referem igualmente sobre a necessidade de AIR no processo decisório das agências reguladoras, bem como disposições associadas à temática.

<sup>17</sup> Isso, segundo Aragão (2010, p. 14-15), dar-se-ia por meio da instauração de um órgão central, de caráter “suprarregulador”, o qual seria a figura mais alta na hierarquia de poder sobre a regulação de todos os setores. Para tanto, o autor aponta a necessidade de pluralismo, independência e qualificação técnica desse órgão, justamente para que possa exercer sua atividade coordenativa da Análise.

associada com o processo orçamentário (MENEQUIN; BIJOS, 2016, p. 9), pois lida diretamente com os passivos que decorrem da atividade regulatória.

Em quarto, quinto e sexto lugares, por fim, rememora-se aspectos cruciais para uma boa AIR: a participação popular – que representa mais que a mera ciência e reconhecimento dessa figura –, seja ela na formulação (isso dentro da própria Análise) ou no controle das medidas regulatórias instauradas; a transparência, que é prover toda a publicidade e divulgação necessárias para que se tenha noção total daquilo que é realizado; e monitoramento e revisão, os quais fazem a roda girar, tendo em vista a eficácia e a eficiência das medidas.

Se essas considerações servem para o fortalecimento da AIR no Brasil, tudo será em vão se uma mudança de mentalidade não vier a ocorrer. Há de se ter uma nova percepção, concebendo essa nova cultura administrativa que ainda não é tão familiar à ótica brasileira. Quanto a isso, Aragão (2010, p. 14) diz que, por mais que o ambiente jurídico-institucional tenha sua importância, é preciso de um ambiente cultural, até para que esse aparato venha a se arraigar mais pelo consenso que pela imposição. Talvez seja dessa forma que a Análise poderá florescer em todas as suas potencialidades.

Tendo em vista, entretanto, tanto as imperfeições próprias quanto aquelas existentes no próprio país, é preciso que haja uma utilização inteligente da Análise, com parcimônia. Isso porque a AIR não é a solução definitiva para os problemas de regulação, sendo apenas mais uma ferramenta (CASTRO, 2014, p. 339).

Assim sendo, o que foi trazido aqui é uma possibilidade de o Estado, em sua ampla acepção, poder atuar da melhor forma que lhe couber de modo a buscar trazer o melhor resultado alcançável. Em um jogo de palavras, compreendidas as devidas proporções (isto é, abstraindo-se o contexto de origem e as conotações associadas ao mesmo), a AIR busca tentar dar, à sua maneira, aplicação apropriada aos dizeres “Ordem e Progresso” da bandeira brasileira: traz-se a ordem, pela introdução de um modelo sistemático no âmbito regulatório, para que se chegue ao progresso, que é algo alcançável e inalcançável ao mesmo tempo, porque quando se chega a algum lugar sempre se pode ir além – tal qual o ciclo regulatório a ser propiciado pela Análise.

## REFERÊNCIAS

ANVISA (Agência Nacional de Vigilância Sanitária). **Guia de análise de impacto regulatório**. 2018. Disponível em: <<http://portal.anvisa.gov.br/documents/10181/3564250/guia+AIR+18+FEV.pdf/b33404e1-ecbc-4f83-9579-aa97886a5eae>>. Acesso em: 30 mar. 2019.

ARAGÃO, Alexandre Santos de. **Análise de Impacto Regulatório – AIR**. Revista de Direito Público da Economia, ano 8, n. 32. Belo Horizonte: Fórum, out./dez. de 2010.

ASSUNÇÃO, Linara Oeiras. **Organização de Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE) e a melhoria das políticas públicas no Brasil**. 2013. Disponível em: <<http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=612d1d91c87e0a19>>. Acesso em: 22 out. 2019.

BALDWIN, R.; CAVE M.; LODGE, M. **The Oxford Handbook of Regulation**. Oxford: Oxford University Press, 2010.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de direito administrativo**. 17. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

BLANCHET, Luiz Alberto; BUBNIAK, Priscila Lais Ton. **Análise de impacto regulatório: uma ferramenta e um procedimento para a melhoria da regulação**. Pensar, v. 22, n. 3. Fortaleza: 2017. Disponível em: <<https://periodicos.unifor.br/rpen/article/view/4219>>. Acesso em: 19 jul. 2019.

BRASIL. Subchefia de análise e acompanhamento de políticas governamentais (et. al.). **Diretrizes gerais e guia orientativo para elaboração de análise de impacto regulatório – AIR**. Brasília: Presidência da República, 2018. Disponível em: <[http://www.casacivil.gov.br/governanca/regulacao/apresentacao-regulacao-pasta/acesse-aqui/comite-interministerial-de-governanca-aprova-as-diretrizes-gerais-e-ro-teiro-analitico-sugerido-para-analise-de-impacto-regulatorio-diretrizes-air-e-o-guia-orientativo-para-elaboracao-de-analise-de-impacto-regulatorio-guia-air/diretrizes\\_guia\\_air\\_cig\\_11junho2018.pdf/view](http://www.casacivil.gov.br/governanca/regulacao/apresentacao-regulacao-pasta/acesse-aqui/comite-interministerial-de-governanca-aprova-as-diretrizes-gerais-e-ro-teiro-analitico-sugerido-para-analise-de-impacto-regulatorio-diretrizes-air-e-o-guia-orientativo-para-elaboracao-de-analise-de-impacto-regulatorio-guia-air/diretrizes_guia_air_cig_11junho2018.pdf/view)>. Acesso em: 30 out. 2018.

\_\_\_\_\_. Subchefia de análise e acompanhamento de políticas governamentais (et. al.). **Relatório consulta pública nº 001/2017: diretrizes gerais e roteiro analítico sugerido para AIR e guia orientativo para elaboração de AIR**. Brasília: Presidência da República, 2017. Disponível em: <<http://www.casacivil.gov.br/governanca/regulacao/boas-praticas-regulatorias/consulta-publica/consulta-publica-001-2017-diretrizes-e-guia-air-pasta/encerramento/relatorio-consulta-publica-no-001.pdf>>. Acesso em: 30 out. 2018.

CASTRO, Camila Moreira de. **Some aspects of implementing Regulatory Impact Analysis in Brazil**. Rio de Janeiro: Rev. Adm. Pública, março/abril 2014.

Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/rap/v48n2/a03v48n2.pdf>>. Acesso em: 27 out. 2019.

CLARK, Giovani. **A regulação e a Constituição brasileira de 1988**. Revista de Direito Público da Economia, ano 7, n. 26. Belo Horizonte: Fórum, abr./jun. de 2009.

COUTINHO, Diogo R. **Direito e economia política na regulação de serviços públicos**. São Paulo: Saraiva, 2014.

DEIGHTON-SMITH, Rex. Regulatory impact analysis: best practices in OECD countries. In: **Regulatory impact assessment: best practices in OECD countries**. Paris: 1997. Disponível em: <<http://regulatoryreform.com/wp-content/uploads/2015/02/Jacobs-Deighton-Smith-Regulatory-Impact-Analysis-Best-Practices-in-OECD-Countries-OECD-1997.pdf>>. Acesso em: 18 out. 2019.

DOMINGUES, Victor Hugo. Ótimo de Pareto. In: RIBEIRO, Marcia Carla Pereira; KLEIN, Vinicius (coordenadores). **O que é análise econômica do direito: uma introdução**. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2016.

FISHER, E. *Risk and environmental law: a beginner's guide*. In: Richardson, B.; S. Wood (eds.). **Environmental law for sustainability**. Oxford: Hart Publishing, 2006.

FREITAS, Juarez. **Políticas públicas, avaliação de impactos e o direito fundamental à boa administração**. Sequência (Florianópolis), n. 70, junho de 2015. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/seq/n70/0101-9562-seq-70-00115.pdf>>. Acesso em: 22 out. 2019.

GICO JÚNIOR, Ivo Teixeira. Uma introdução à análise econômica do direito. In: RIBEIRO, Marcia Carla Pereira; KLEIN, Vinicius (coordenadores). **O que é análise econômica do direito: uma introdução**. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2016.

HAHN, Robert W.; TETLOCK, Paul C. **Has economic analysis improved regulatory decisions?**. AEI-Brookings Joint Center Working Paper n. 07-08, abril de 2007. Disponível em: <<https://www0.gsb.columbia.edu/mygsb/faculty/research/pubfiles/4153/jep.22.1.pdf>>. Acesso em: 05 ago. 2019.

JACOBS, Scott H. **Current trends in regulatory impact analysis: the challenges of mainstreaming RIA into policy-making**. 2006. Disponível em: <[http://regulatoryreform.com/wp-content/uploads/2014/11/Jacobs\\_Current\\_Trends\\_and\\_Processes\\_in\\_RIA\\_May\\_2020.pdf](http://regulatoryreform.com/wp-content/uploads/2014/11/Jacobs_Current_Trends_and_Processes_in_RIA_May_2020.pdf)>. Acesso em: 21 set. 2019.

KAUFMANN, Daniel; KRAAY, Aart; MASTRUZZI, Massimo. **Governance matters viii: aggregate and individual governance indicators for 1996-2008**. World Bank Policy Research Working Paper n. 4978. 2009. Disponível em: <<http://documents.worldbank.org/curated/pt/598851468149673121/pdf/WPS4978.pdf>>. Acesso em: 20 out. 2019.

KEENEY, R. L. **Value-focused thinking**. Boston: *Harvard University Press*, 1992.

KIRKPATRICK, Colin; PARKER, David. Regulatory Impact Assessment: an overview. In: KIRKPATRICK, Colin; PARKER, David. **Regulatory Impact Assessment: towards better regulation?**. Cheltenham: *Edward Elgar Publishing*, 2007. Disponível em: <[https://www.ucursos.cl/derecho/2011/1/D123A0632/3/material\\_docente/bajar?id\\_material=339966](https://www.ucursos.cl/derecho/2011/1/D123A0632/3/material_docente/bajar?id_material=339966)>. Acesso em: 02 nov. 2019.

KOLIEB, Jonathan. **When to punish, when to persuade and when to reward: strengthening responsive regulation with the regulatory diamond**. *Monash University Law Review*, volume 41(1), 2015. Disponível em: <[https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=2698498](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2698498)>. Acesso em: 22 out. 2019.

LI, Qingran; PIZER, William A. **Discounting for public cost-benefit analysis**. *Resources for the Future*: 2019. Disponível em: <<https://media.rff.org/documents/WP-19-02-Li-Pizer-f.pdf>>. Acesso em: 21 set. 2019.

MARQUES NETO, Floriano Peixoto de Azevedo. **Agências reguladoras independentes: instrumentos do fortalecimento do Estado**. Porto Alegre: Abar, 2003. Disponível em: <<https://ccbc.org.br/wp-content/plugins/staff-listing/uploads/4a330b668c010be01af7d771463bd489.pdf>>. Acesso em: 18 out. 2019.

\_\_\_\_\_. A nova regulação estatal e as agências independentes. In: SUNFELD, Carlos Ari (coordenação) **Direito Administrativo Econômico**. 1. ed. 3ª tiragem. São Paulo: Malheiros, 2006.

\_\_\_\_\_. **Regulação econômica e suas modulações**. *Revista de Direito Público da Economia*, ano 7, n. 28. Belo Horizonte: Fórum, out./dez. de 2009.

MENDONÇA, José Vicente Santos de. **Análise de impacto regulatório: o novo capítulo das agências reguladoras**. Rio de Janeiro: Editora JC, 2010, edição 122. Disponível em: <<http://www.editorajc.com.br/analise-de-impacto-regulatorio-o-novo-capitulo-das-agencias-reguladoras/>>. Acesso em: 19 jul. 2019.

MENEGUIN, Fernando B.; BIJOS, Paulo R. S. **Avaliação de Impacto Regulatório – como melhorar a qualidade das normas**. Brasília: Núcleo de Estudos e Pesquisas/CONLEG/Senado, março/ 2016 (Texto para Discussão nº 193). Disponível em: <<https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/519163/TD193.pdf?sequence=1&isAllowed=y>>. Acesso em: 27 out. 2019.

MOREIRA, Egon Bockmann. Notas sobre o Estado Administrativo: de omissivo a hiperativo. In: ALMEIDA, Maíra (Coordenadora). **Um dossiê sobre Estado Administrativo**. *Revista Estudos Institucionais*, Vol. 3, n. 1. 2017.

ORGANIZAÇÃO PARA A COOPERAÇÃO E DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO. **Building capacity for regulatory quality: stocktaking paper**. GOV/PGC(2004)11. Paris: abril, 2004.

\_\_\_\_\_. **Building an institutional framework for regulatory impact analysis**. Paris: *OECD Publishing*, 2008a. Disponível em: <<http://www.oecd.org/regreform/regulatory-policy/40984990.pdf>>. Acesso em: 19 jul. 2019.

\_\_\_\_\_. **Introductory handbook for undertaking regulatory impact analysis – RIA**. Paris: *OECD Publishing*, 2008b. Disponível em: <<https://www.oecd.org/gov/regulatory-policy/44789472.pdf>>. Acesso em: 19 jul. 2019.

\_\_\_\_\_. **Brasil: fortalecendo a governança para o crescimento**. 2008c. Disponível em: <<https://portal.tcu.gov.br/biblioteca-digital/brasil-fortalecendo-a-governanca-para-o-crescimento.htm>>. Acesso em: 21 set. 2019.

\_\_\_\_\_. **Regulatory impact analysis: a tool for policy coherence**. Paris: *OECD Publishing*, 2009. Disponível em: <[https://read.oecd-ilibrary.org/governance/regulatory-impact-analysis/methodological-frameworks-for-regulatory-impact-analysis\\_9789264067110-3-en#page1](https://read.oecd-ilibrary.org/governance/regulatory-impact-analysis/methodological-frameworks-for-regulatory-impact-analysis_9789264067110-3-en#page1)>. Acesso em: 21 set. 2019.

\_\_\_\_\_. **Risk and regulatory policy: improving the governance of risk**. Paris: *OECD Publishing*, 2010. Disponível em: <[https://read.oecd-ilibrary.org/governance/risk-and-regulatory-policy\\_9789264082939-en#page1](https://read.oecd-ilibrary.org/governance/risk-and-regulatory-policy_9789264082939-en#page1)>. Acesso em: 21 set. 2019.

\_\_\_\_\_. **Recomendação do Conselho sobre política regulatória e governança**. Comitê de Política Regulatória. 2012. Disponível em: <<https://www.oecd.org/gov/regulatory-policy/Recommendation%20PR%20with%20cover.pdf>>. Acesso em: 21 set. 2019.

\_\_\_\_\_. **OECD regulatory compliance cost assessment guidance**. Paris: *OECD Publishing*, 2014. Disponível em: <[https://read.oecd-ilibrary.org/governance/oecd-regulatory-compliance-cost-assessment-guidance\\_9789264209657-en#page1](https://read.oecd-ilibrary.org/governance/oecd-regulatory-compliance-cost-assessment-guidance_9789264209657-en#page1)>. Acesso em: 21 set. 2019.

\_\_\_\_\_. **OECD best practice principles on stakeholder engagement in regulatory policy. Draft for public consultation**. Paris: 2017. Disponível em: <<http://www.oecd.org/governance/regulatory-policy/public-consultation-best-practice-principles-on-stakeholder-engagement.htm>>. Acesso em: 21 set. 2019.

OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. **Novo perfil da regulação estatal: administração pública de resultados e análise de impacto regulatório**. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

O'TOOLE JR, Laurence J. **Research on policy implementation: Assessment and prospects**. *Journal of Public Administration Research and Theory*, v. 10, n. 2.



2000. Disponível em: <<https://academic.oup.com/jpart/article-abstract/10/2/263/986118?redirectedFrom=fulltext>>. Acesso em: 18 out. 2019.

RADAELLI, Claudio M. ***What do governments get out of regulatory reform? The case of regulatory impact assessment***. Artigo apresentado na 15ª *Conference of the Nordic Political Science*, na Noruega.

REINO UNIDO. *Department for Communities and Local Government. Multi-criteria analysis: a manual*. 2009. Disponível em: <[http://eprints.lse.ac.uk/12761/1/Multi-criteria\\_Analysis.pdf](http://eprints.lse.ac.uk/12761/1/Multi-criteria_Analysis.pdf)>. Acesso em: 25 set. 2019.

\_\_\_\_\_. *HM Treasury. The magenta book: guidance for evaluation*. 2011. Disponível em: <[https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment\\_data/file/220542/magenta\\_book\\_combined.pdf](https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/220542/magenta_book_combined.pdf)>. Acesso em: 06 out. 2019.

RIBEIRO, Ivan César. ***Regulatory Impact Analysis and cost benefit analysis: what is different across the sea?*** Revista de Direito Público da Economia, ano 8, n. 32. Belo Horizonte: Fórum, out./dez. de 2010.

ROCHA, Silvio Luís Ferreira da. Breves considerações sobre a intervenção do Estado no domínio econômico e a distinção entre atividade econômica e serviço público. In: SPARAPANI, Priscilia; ADRI, Renata Porto (Coordenadoras). ***Intervenção do Estado no domínio econômico e no domínio social: homenagem ao professor Celso Antônio Bandeira de Mello***. Belo horizonte: Fórum, 2010.

SHAPIRO, Stuart; MORRALL, John. ***Does haste make waste? How long does it take to do a good Regulatory Impact Analysis?***. *Sage Journals*. 2013. Disponível em: <<https://journals.sagepub.com/doi/abs/10.1177/0095399713498745>>. Acesso em: 30 out. 2019

SIGMA. ***Improving policy instrument through impact assessment***. CCNM/SIGMA/ PUMA(2001)1. Paris: 2001. Disponível em: <<https://www.oecd-ilibrary.org/docserver/5kml60vnhc6h-en.pdf?expires=1572464887&id=id&accname=guest&checksum=A3283DB1022F3F775D7EE3C27E3F8877>>. Acesso em: 19 set. 2019.

SUNSTEIN, Cass R. ***Valuing life: humanizing the regulatory state***. Chicago: *The University of Chicago Press*, 2014.

VALENTE, Patrícia Rodrigues Pessoa Valente. ***Avaliação de Impacto Regulatório: uma ferramenta à serviço do Estado***. Tese (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo. São Paulo: 2010. Disponível em: <[http://www.casacivil.gov.br/governanca/regulacao/documentos/biblioteca-nacional/2010/avaliacao-de-impacto-regulatorio\\_-uma-ferramenta-a-disposicao-do-estado.pdf](http://www.casacivil.gov.br/governanca/regulacao/documentos/biblioteca-nacional/2010/avaliacao-de-impacto-regulatorio_-uma-ferramenta-a-disposicao-do-estado.pdf)>. Acesso em: 30 out. 2018.

VISCUSI, Kip. *Improving the analytical basis for regulatory decision-making*. In: **Regulatory impact assessment: best practices in OECD countries**. Paris: 1997. Disponível em: <<http://regulatoryreform.com/wp-content/uploads/2015/02/Jacobs-Deighton-Smith-Regulatory-Impact-Analysis-Best-Practices-in-OECD-Countries-OECD-1997.pdf>>. Acesso em: 18 out. 2019.

WIENER, Jonathan B. **Risk and regulatory governance**. GOV/PGC/REG(2006) 10/ANN2, OECD, Paris: 2006.